

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

PROCESO ORDINARIO No. 01-2020-016-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ROSALBINA VARGAS MEDELLÍN
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 28 de febrero de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ROSALBINA VARGAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la demandada debe reconocer y pagar retroactivo pensional de invalidez a favor del señor Víctor Hugo Mateus, causado entre el 30 de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 2015, que ella en su calidad de pensionada por sobrevivencia en calidad de cónyuge del causante, tiene derecho al pago de dicho retroactivo pensional; como consecuencia de tales declaraciones solicita el pago efectivo

del retroactivo mencionado, junto con intereses moratorios y en subsidio indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que esta Corporación en sentencia de tutela por ella adelantada contra la demandada, le ordenó resolver el recurso de apelación interpuesto contra resolución 128002 de 2011, por medio de la cual negó reconocimiento pensional al señor Víctor Mateus, ordenándole tener en cuenta como fecha de estructuración de su invalidez, el día en que cesó su actividad laboral, que el señor Víctor cotizó como trabajador independiente urbano desde el 1 de agosto de 2008 al 31 de diciembre de 2011, para un total de 158,73 semanas, que la demandada le reconoció pensión de invalidez mediante resolución GNR 67933 de marzo de 2015, teniendo como fecha de estructuración de dicha invalidez el día 30 de diciembre de 2011, reconociendo dicha prestación a partir del 1 de marzo de 2015, pese a que la fecha de estructuración de invalidez era anterior y no reconoció el retroactivo causado entre el 1 de enero de 2012 al 28 de febrero de 2015, que el señor Víctor falleció el 14 de marzo de 2016.

Afirma que la demandada reconoció sustitución pensional en su favor mediante resolución GNR 166917 del 2016, por lo que indica, tiene derecho a recibir el retroactivo de pensión de invalidez por ser la cónyuge del causante y para el efecto, agotó reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 3, 4, 6, 7 y 9 y negó los demás; propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento RESOLVIÓ:

PRIMERO: DECLARAR que la demandante y la masa sucesoral del causante Víctor MATEUS, tiene derecho al pago de retroactivo pensional correspondiente al periodo causado entre la fecha de estructuración de invalidez, 30 de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 2015, en cuantía inicial al SMLV para la fecha, junto con incrementos.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante y la masa sucesoral del causante Víctor Mateus, los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, del retroactivo causado entre el 30 de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 2015 y hasta que se haga efectivo el pago del mismo. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que conforme el caudal probatorio arrimado al plenario, había quedado demostrado el reconocimiento pensional que hiciera la demandada a favor del señor Víctor Mateus, previa orden de tutela, así como el vínculo marital que unía a este en vida con la demandante y que la prestación en mención le fue sustituida a la demandante en su calidad de cónyuge del causante.

Que a pesar de dicho reconocimiento de pensión de invalidez a favor del causante y de la demandante como cónyuge de esta, dicho acto administrativo primigenio no contenía el reconocimiento de retroactivo pensional alguno por el periodo comprendido entre el 30 de diciembre de 2011, fecha de estructuración de la PCL hasta el 1 de marzo de 2015, concluyéndose que no había justificación alguna para la entidad de seguridad social, para no haber reconocido el retroactivo pensional, habiendo lugar a reconocer el mismo desde el 30 de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 2015, retroactivo que debía ser pagado a la masa sucesoral del causante en virtud del fallecimiento de este en el año 2016, conforme lo había señalado la CSJ en sentencia SL082 de 2021.

En cuanto a los intereses moratorios señaló que estaban previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y procedían ante el retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe del deudor, postura que había sido reiterada por La Sala Laboral de la CSJ, resultando imperioso concluir que a través de acto administrativo expedido de 2015, se había reconocido que la fecha de estructuración de la invalidez del señor Víctor, había tenido lugar el 30 de diciembre de 2011, evidenciándose un retardo injustificado del reconocimiento pensional que tuviera lugar hasta el 2015, ya que la demandada contaba con 4 meses para resolver sobre solicitudes de prestaciones económicas, habiendo lugar a condenar al pago de dichos intereses a partir del 1 de mayo de 2015 y hasta que se hiciera efectivo el pago del retroactivo bajo estudio, no saliendo avante la condena por concepto de indexación ante la prosperidad de la condena por concepto de intereses moratorios.

Respecto a la prescripción indicó que la naturaleza del derecho pensional tardíamente reconocido, no se afecta por la prescripción; no obstante, la titularidad del derecho a favor del causante había surgido en el 2011, por vía de decisión de tutela, por virtud de la cual la demandada en el 2015 había procedido a reconocer derecho pensional a favor del señor Víctor y para el año 2016, sustitución de esta prestación a favor de la demandante, que la acción judicial objeto de pronunciamiento, se había impetrado el 19 de diciembre de 2019, no transcurriendo entre dichas oportunidades el fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte **demandada** que conforme la sentencia T 140 de 2016, donde se establecía que la pensión de invalidez debía ser pagada desde la fecha de estructuración de invalidez y las incapacidades pagadas con posterioridad a dicho estado, se debían descontar del valor del retroactivo, ya que era incompatible el pago de ambas prestaciones de manera simultánea; y para el caso del actor, esa entidad había reconocido por vía de orden de tutela pensión de invalidez a favor del señor Víctor, con fundamento en dictamen proferido por el ISS, tomándose como última cotización del mismo el 30 de diciembre de 2011, no siendo procedente el pago de retroactivo solicitado, pues a partir de la última cotización del causante, se determinó el pago de la pensión de invalidez.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo que la demandada reconoció al señor Víctor Hugo Mateus, derecho pensional por invalidez a través de resolución allegada al plenario digital GNR 67933 del 10 de marzo de 2015, teniendo como fecha de estructuración el 30 de diciembre de 2011, conforme lo ordenado en fallo de tutela proferido por esta Corporación; no obstante ello, efectuó dicho reconocimiento pensional a partir del 1 de marzo de 2015.

También quedó fuera de discusión la sustitución de dicha prestación que se efectuara a la aquí demandante por virtud de acto administrativo GNR 166917 del 8 de junio de 2016, al acreditar su calidad de cónyuge del

causante, sustitución que operó a partir del 14 de marzo de 2016, fecha de fallecimiento del señor Víctor Mateus.

Así las cosas, bien sabido es que el reconocimiento pensional por invalidez, opera por regla general a partir en que se estructura dicho estado, con las excepciones de estar frente a un padecimiento de índole crónico o degenerativo (sentencia SL5023 de 2021); presupuesto que no se alegó ni menos se probó para el caso del causante, señor Víctor Mateus, razón por la cual y como lo señaló el juzgador de primer grado, era deber de la demandada haberle reconocido a este la pensión de invalidez desde el **30 de diciembre de 2011**, data que correspondía a la fecha de estructuración de su invalidez conforme lo señalado en fallo judicial proferido en sede de tutela, fecha esta que tampoco se discutió en el trámite procesal adelantado.

De lo anterior, resulta claro que para el caso bajo estudio se generó un retroactivo pensional entre el 30 de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 2015, el que ante el fallecimiento del señor Víctor, debe ser pagado a favor de la aquí demandante, al no haber ofrecido reproche su calidad de beneficiaria de la prestación pensional de que gozaba este último, ya que como se anotó, tal condición fue reconocida por la demanda en acto administrativo GNR 166917.

Al punto, no le asiste razón a la recurrente, pues si bien, la Sala Laboral de la CSJ ha reiterado que el pago de pensión de invalidez, se torna incompatible con el pago de incapacidades, para el caso bajo estudio, no se alegaron ni probaron circunstancias que llevaran a determinar que con posterioridad al 30 de diciembre de 2011, el señor Víctor Mateus, hubiera recibido auxilio alguno por incapacidad, que permita concluir que la pensión de invalidez, debía ser pagada con posterioridad a la data en mención.

Prescripción

Concluyéndose la existencia del derecho de la demandante al pago de retroactivo pensional de la prestación que le fuera sustituida, se tiene que frente al fenómeno prescriptivo, el juez de primer grado tuvo como cumplido el requisito de reclamación administrativa con los actos administrativos que reconocieron derecho pensional y sustitución de este a la demandante, así

como con la documental contentiva de acción de tutela instaurada en el año 2012 contra la aquí demandada para el reconocimiento y pago de pensión de invalidez en favor del señor Víctor.

Así las cosas, revisado en su totalidad el caudal probatorio allegado, se tiene que con posterioridad al 26 de marzo de 2015, fecha en que el señor Víctor fue notificado de la resolución GNR 67933, mediante la cual se reconoció pensión de invalidez a su favor, no obra solicitud elevada a la demandada solicitando el pago de retroactivo pensional reclamado, circunstancia que se pone de presente en escrito de demanda, cuando se indica que la reclamación administrativa se encuentra agotada con solicitud de cumplimiento de sentencia de tutela ante la demandada y solicitud de apertura de incidente de desacato elevada ante el Juzgado 35 Penal del Circuito de esta ciudad, esta última que data del **19 de agosto de 2014**.

Es así como de admitirse dicha data como fecha de presentación de reclamación administrativa, teniendo en cuenta la fecha de radicación de esta acción judicial, que corresponde al 19 de diciembre de 2019, es claro que respecto del retroactivo pensional reclamado, operó el fenómeno prescriptivo, teniendo en cuenta que como se indica, posterior al reconocimiento pensional de invalidez, no obra solicitud alguna tendiente al pago de dicho retroactivo.

A igual conclusión se arriba si se tiene en cuenta que a la aquí demandante se le reconoció derecho a sustitución pensional en acto administrativo GNR 166917 del 8 de junio de 2016, por lo que contaba hasta el 8 de junio de 2019 para interponer la acción judicial objeto de pronunciamiento, lo que se itera, ocurrió solo hasta el **19 de diciembre de 2019**, siendo claro que contrario a lo señalado por el juzgador de instancia, para el caso bajo estudio, sí transcurrió el fenómeno prescriptivo, pues se reitera, no obra solicitud elevada ante la demandada tampoco en dicho interregno para el pago de retroactivo pensional, con el que se pueda tener por interrumpida la prescripción bajo estudio.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el derecho pensional se torna imprescriptible, no ocurriendo lo propio en cuanto a las mesadas que no se reclamaron en tiempo, es claro que las mesadas pensionales que

conformaban el retroactivo reclamado, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, debiéndose **revocar en grado de consulta** la decisión de primer grado para en su lugar DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en grado de consulta la sentencia de primer grado, para en su lugar DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, **absolviéndola** de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo señalado en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la demandante.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .



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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2019-00732-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ALVARO PENAGOS SIERRA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. VIVIANA MORENO ALVARADO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.767.709y tarjeta profesional No. 269607 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Protección y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo



proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de noviembre del 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor ALVARO PENAGOS SIERRA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado a la AFP PROTECCIÓN. Como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a registrar la afiliación del actor en el RPMPD; se condene a la AFP PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación al actor como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC debidamente indexadas, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 6 a 7 archivo “01. 2019-732 Expediente Físico hasta 03-12-2020”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el día 09 de octubre de 1960; que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 59 años de edad; que venía cotizando al RPMPD administrado por el ISS de manera



ininterrumpida desde el 23 de julio de 1981 al 15 de agosto del 2004; que alcanzó a cotizar un total de 409.57 semanas; que se trasladó del RPMPD al RAIS en agosto de 2004; que su afiliación la realizó un asesor de ventas de la AFP PROTECCIÓN; que el fondo privado jamás le brindó una información clara, completa y comprensible y oportuno acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en cada uno de los regímenes pensionales; que nunca le informó los requisitos para obtener la garantía de la pensión mínima si no reunía el capital necesario para la pensión de vejez; que solicitó su traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable. (fls. 4 a 6 archivo “01. 2019-732 Expediente Físico hasta 03-12-2020”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 4, 24 y 25 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradora de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica. (fls. 2 a 41 archivo “05. Contestación Colpensiones 20-01-2021”).

Por su parte, **la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 5, 6, 7, 20, 21 y 22; manifestó no constarle el 4, 24 y 25 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa,



inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (fls. 2 a 23 archivo “07. Contestación Protección 04-02-2021”)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor ÁLVARO PENAGOS SIERRA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.446.365 a PROTECCIÓN S.A., el 01 de octubre de 2004., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ÁLVARO PENAGOS SIERRA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.446.365 como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos, intereses, esto es, con los rendimientos causados y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 23 de julio de 1981, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de historia laboral.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias



en derecho la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente

SEXTO: *Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior.”*

.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no basta con la firma del formulario de afiliación, sino que se debía demostrar que se brindó una información clara y suficiente; que acoge los criterios expuestos por la CSJ; que el traslado no se convalida con los traslados horizontales dentro del RAIS; que para que se declare la ineficacia no es necesario ser beneficiario del régimen de transición; que al declararse la ineficacia vuelven las cosas al estado anterior por lo que la AFP PROTECCION debe devolver todas las sumas recibidas incluyendo los gastos de administración.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que la comisión de administración y seguro previsional están autorizadas por la Ley, la cual autoriza a PROTECCION a descontar el 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados. Que ese 3% se utiliza para cubrir los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, lo cual opera en ambos regímenes; que se aportó el certificado de rendimientos los cuales se abonaron a la cuenta de ahorro individual del demandante; que al ordenar devolver tanto rendimientos como gastos de administración se constituye un enriquecimiento ilícito en favor de Colpensiones, pues está recibiendo una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante; que tiene derecho a conservar los gastos de administración como una restitución mutua en su favor, lo cual justifica en el artículo 1746 del CC y la sentencia 31989 del 09 de septiembre del 2008 de la CSJ; que la superintendencia financiera se ha pronunciado frente a estos casos señalando que sólo se debe devolver las sumas que se



encuentren en la cuenta de ahorro individual respetando las sumas descontadas por gastos de administración; que no se probaron perjuicios. Que frente al descuento del 3% si opera el fenómeno de la prescripción, pues son sumas que no financian la pensión de vejez.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**. interpuso recurso de apelación argumentando que no se tuvo en cuenta la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 la cual modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993 en la cual se manifiesta que no se puede realizar el traslado cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión. Que con la prohibición se busca no descapitalizar el sistema. Que lo que dice el actor es que existió un vicio del consentimiento por parte de su empleador pues señala que fue obligado. Que lo que se evidencia es que tenía la convicción del pertenecer al RAIS, pues permaneció afiliado en el transcurso del tiempo a dicho régimen. Que no se le está dando el valor probatorio suficiente al formulario de afiliación. Solicita no sea condenada en costas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Álvaro Penagos Sierra, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCIÓN en el año 2004 (fl. 43 6 archivo “01. 2019-732 Expediente Físico hasta 03-12-2020”).

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



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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Álvaro Penagos Sierra, se le hubiera brindado alguna información o comparativo



respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2004; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PROTECCION S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PROTECCION.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



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

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 2004, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del



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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar.

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

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

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

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber



de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él y es que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado o probar algún tipo de perjuicios para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2004**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración***



debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

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

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

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

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



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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .



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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2019-00909-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ADRIANA URRUTIA LÓPEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **MIGUEL ANGEL RAMÍREZ GAITÁN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.421.257 y tarjeta profesional No. 86.117 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. HERNÁN FELIPE JIMÉNEZ SALGADO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.899.841 y tarjeta profesional No. 211.401 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **DANIEL FELIPE MOYANO ÁVILA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.030.673.731 y tarjeta profesional No. 279.916 del C.S de la J en su calidad de apoderado sustituto del demandante, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:



SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de enero de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ADRIANA URRUTIA LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN. Como consecuencia, se condene a la AFP PROTECCIÓN a aceptar la ineficacia del traslado al RAIS, a ordenar el retorno de la demandante al RPMPD y a enviar los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, reembolsando los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales; se CONDENE a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la accionante al RPMPD y a recibir el traslado de aportes pensionales, rendimientos financieros y cobros de administración, teniendo a la demandante en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 2 a 3 archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00909”).



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que prestó sus servicios como empleada en varias empresas privadas y como independiente desde agosto de 1982 a la fecha de presentación de la demanda; que estuvo vinculada en el RPMPD y posteriormente se trasladó al RAIS a la AFP PROTECCIÓN en junio del 2000; que el asesor de la AFP PROTECCIÓN le manifestó que no perdía los beneficios pensionales del RPMPD; que no le brindaron la información necesaria al momento del traslado; que solicitó su traslado a COLPENSIONES, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 3 a 5 archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00909”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la AFP PROTECCION**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 2, 8 y 16, aceptó parcialmente el 3; dijo no constarle el 1, 14, 15, 22, 27, 31 y 32 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (Carpeta “04. Contestación Protección S.A. 21.08.2020”).

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 8 y 31; manifestó no constarle el 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18 y 19; negó el 32 y, manifestó que los demás no eran hechos. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de 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, 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 genérica. (Carpeta “06. Contestación Colpensiones 29.09.2020”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora ADRIANA URRUTIA LÓPEZ, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de agosto del 2000.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la señora ADRIANA URRUTIA LÓPEZ.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Liquidense con la suma de un (1) SMLMVa cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

SEXTO: CONSÚLTASE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.” (Carpeta “17. Audiencia 13.01.2021”)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la CSJ; que las pretensiones deben estudiarse desde la figura de la ineficacia del traslado; que las sentencias de la CSJ constituyen doctrina probable; que no encuentra argumentos suficiente para separarse de las sentencias de la CSJ; que no basta con el formulario de afiliación; que no es posible aplicar las reglas de la nulidad, por lo que no se le puede exigir



probar un vicio del consentimiento; que no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN** recurrió señalando que no se debe ordenar la devolución de las sumas descontadas a título de gastos de administración, pues estos descuentos son autorizados por la ley y en retribución se generan unos rendimientos que dan cuenta de la buena administración que tuvo la AFP. Que la demandante recibió un acompañamiento por parte de la AFP y una asesoría. Que si el formulario de afiliación se declara ineficaz no habría lugar a devolver los rendimientos. Que la AFP actuó de buena fe y que no se le pueden exigir normas que no estaban vigentes.

Por su parte, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que si bien la CSJ ha indicado que el deber de información debe acreditarse en todos los procesos, lo cierto es que ese deber de información ha evolucionado con el transcurso del tiempo. Que cada caso se debe estudiar de forma particular. Que la demandante no tenía una expectativa legítima, ni era beneficiaria del régimen de transición. Que la ineficacia quedó saneada con el transcurso del tiempo. Que no es posible retrotraer las actuaciones cuando la demandante no fue presionada. Que se afectó el principio de sostenibilidad financiera. Que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Adriana Urrutia López, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCION en el año 2000 (Carpeta “04. Contestación Protección S.A”).



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

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

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



la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Adriana Urrutia López, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la



obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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



lo pretende Colpensiones, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba a acabar y que iba a obtener una mesada superior en el fondo privado.

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

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



ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

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

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

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa



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

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

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

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



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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2019-00439-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIBEL GRISALES BLANCO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **MIGUEL ANGEL RAMÍREZ GAITÁN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.421.257 y tarjeta profesional No. 86.117 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. HERNÁN FELIPE JIMÉNEZ SALGADO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.899.841 y tarjeta profesional No. 211.401 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de enero de 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARIBEL GRISALES BLANCO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS por cuanto no existió una decisión informada verdaderamente autónoma y consciente al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas de aquel. Como consecuencia, solicita se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar todos los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual, bono pensional, junto con sus rendimientos y demás sumas de dinero a COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES a aceptar y recibir el traslado de los aportes de la demandante y a activarla en el RPMPD; se condene a COLPENSIONES a reconocerle pensión de vejez; se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión por los gastos de administración, los cuales deberá asumir de su propio patrimonio; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 5 a 7 carpeta “01. Expediente hasta marzo 2020” archivo “01. Expediente Digitalizado 2019-00439”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 02 de agosto de 1961; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 57 años de edad; que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 14 de octubre de 1981 hasta septiembre u octubre del 2001 con el ISS hoy Colpensiones;



que el 21 de septiembre del 2001 firmó solicitud de vinculación o traslado del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; que el traslado se hizo efectivo a partir del 01 de noviembre del 2001; que desde que se trasladó al RAIS siempre ha cotizado a COLFONDOS; que al momento del traslado lo que le informó la asesora es que el ISS se iba acabar y que su derecho pensional estaba en riesgo y que se podía pensionar con una pensión más alta; que su traslado es nulo o ineficaz al no haberse efectuado de manera libre, consciente, espontánea, voluntaria y suficientemente informada por parte de COLFONDOS; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable. (fls. 7 a 10 carpeta “01. Expediente hasta marzo 2020” archivo “01. Expediente Digitalizado 2019-00439”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 40 y 41; negó el 16 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción y la genérica. (fls. 125 a 146 carpeta “01. Expediente hasta marzo 2020” archivo “01. Expediente Digitalizado 2019-00439”).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 5, 6, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 39; manifestó no constarle el 1, 2, 3, 4, 40, 41 y 42 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, ratificación de la afiliación del actor al Fondo



de Pensiones Obligatorias Administrado por COLFONDOS S.A., compensación y pago, inexistencia de perjuicios y la innominada o genérica. (Carpeta “07. Contestación Demanda Colfondos 17.03.2021”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARIBEL GRISALES BLANCO, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de noviembre de 2001, a través de Colfondos S.A pensiones y cesantías.

SEGUNDO: ORDENAR a Colfondos S.A pensiones y cesantías, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la señora MARIBEL GRISALES BLANCO.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARIBEL GRISALES BLANCO la pensión de vejez, de acuerdo con la Ley 797 de 2003, una vez se desafilie del sistema, procediendo a liquidar su pensión acorde los parámetros que establecen los artículos 34 y 21 de la ley 100 de 1993.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la Colfondos S.A pensiones y cesantías y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones. Liquidense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cada una de ellas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.” (Carpeta “11. Audiencia 13.01.2021”)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la CSJ; que las pretensiones deben estudiarse desde la figura de la ineficacia del traslado; que las sentencias de la CSJ constituyen



doctrina probable; que no encuentra argumentos suficiente para separarse de las sentencias de la CSJ; que no basta con el formulario de afiliación; que no es posible aplicar las reglas de la nulidad, por lo que no se le puede exigir probar un vicio del consentimiento; que no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que no se tuvo en cuenta al momento de dictar sentencia el principio de la relatividad jurídica y que Colpensiones es un tercero ligado a los actos jurídicos entre la demandante y COLFONDOS. Que los actos tienen efectos inter partes por lo que independientemente de la decisión adoptada por el Juez en razón a la declaratoria de ineficacia de traslado no puede ser perjudicada con la misma. Que al condenar a COLPENSIONES se afecta el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones. Que quien debe reparar el daño es quien lo produjo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Maribel Grisales Blanco, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS en el año 2001 (fl. 69 carpeta “01. Expediente hasta marzo 2020” archivo “01. Expediente Digitalizado 2019-00439”).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en



sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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



De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Maribel Grisales Blanco, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2001; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Colfondos.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 2001, por lo que es necesario



resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba a acabar y que se podía pensionar a cualquier edad.

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2001**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa



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

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

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

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

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



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

Pensión de Vejez

Es así como resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión encaminada al reconocimiento pensional de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración, como consecuencia de la ineficacia que se confirmará en esta oportunidad, razón por la cual el estudio frente al reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se revocará el numeral CUARTO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:



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

SEGUNDO: REVOCAR el numeral CUARTO de sentencia recurrida para en su lugar ABSOLVER a Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA CARMENZA BASTOS CHINCHILLA VS NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Y FEDEGAN RAD N° 3-2018-494-01.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada NACIÓN-MINAGRICULTURA contra el auto proferido por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá, el día treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022), por medio del cual se decidió diferir para la sentencia la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido para alegar de conclusión, fueron allegadas por el Ministerio demandado.

HECHOS

GLORIA CARMENZA BASTOS CHINCHILLA, presentó demanda **en contra de NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Y LA FEDERACIÓN NACIONAL DE GANADEROS FEDEGAN** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia del despido y en consecuencia se ordene el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando al momento del mismo, pago de salarios, prestaciones, compensatorios, aumentos, sanción moratoria, perjuicios morales y materiales, extra y ultra petita y costas del proceso. (Expediente Digital)

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

Mediante la providencia que hoy estudia la Sala la Juez de Primera Instancia decidió diferir el estudio de la excepción considerando en síntesis que: *“... remitirse a la doctrina del precedente vertical emanada por la CSJ, la que ha indicado que con el fin de evitar fallos inhibitorios, le corresponde al Juez **escudriñar que es lo que persigue el trabajador independientemente de la deficiencia que tenga el escrito de demanda y al momento de proferir sentencia dilucidará cuál es el verdadero querer del demandante y lo que más le conviene sin que resulte imposibilitado para llegar a dicha etapa.**”*

Advirtiéndose que las pretensiones elevadas por la demandante en efecto, se tornan excluyentes; no obstante, con apego a lo señalado por la jurisprudencia, será en la etapa de sentencia en que se dilucide el querer de la parte demandante.

Inconforme con esta decisión el apoderado de MINAGRICULTURA así: *“...Se comprobó la existencia de pretensiones excluyentes como lo adujo el juez en su decisión y el TSB, se pronunció en un caso similar el 27 de mayo de 2022, proceso 2018 404, M.P. Diana Camacho Fernández, declarando probada la excepción previa propuesta de indebida acumulación de pretensiones; para lo cual señaló que el reintegro y la solicitud de pago de indemnizaciones, eran excluyentes entre sí y no se habían formulado como principales y subsidiarias, revocando así la decisión de primera instancia y ordenó el rechazo de la demanda. Siendo claro que, para el proceso bajo estudio, existía indebida acumulación de pretensiones, que se debía estudiar en esta etapa y no hasta proferir sentencia...”*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, la sala se referirá al recurso, advirtiendo desde ya que la decisión del Juez de primera instancia, será CONFIRMADA. Veamos las razones.

En primer lugar y en cuanto al argumento del precedente horizontal; esta Sala cree conveniente apartarse de la providencia; por las siguientes razones y no sin antes advertir lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 305-2022 Rad N° 84972 de enero 19 de 2022 MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ en donde se estudia la fuerza vinculante del precedente judicial, pero del cual, dice, puede el Juez apartarse siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente.

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

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

“...El Tribunal estimó conforme con lo dispuesto por los artículos 25 y 25 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que no era posible

acumular en una misma demanda pretensiones excluyentes y en tal sentido halló que “la indemnización por despido sin justa causa y la de reintegro al cargo que venía desempeñando u otro igual o similar ... van en contravía a los preceptos legales mencionados, porque la primera lleva implícita la finalización de la relación laboral, mientras que el reintegro al cargo que venía desempeñando implica que la relación no se termina sino que la misma continua”.

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden es claro que incluso y aun existiendo una indebida acumulación, tal y como aseguró el Juez, este debe interpretar la demanda para determinar cuáles son las principales y cuales las subsidiarias. En el entendimiento de la Sala, la indebida acumulación de pretensiones, planteada como excepción previa, tiene la finalidad de ajustar la relación jurídico procesal que se pretende entablar, a las posibilidades y exigencias formales que se prevén legalmente, de manera que se pueda arribar a una debida o normal finalización, mediante sentencia que decida de fondo sobre las pretensiones y no mediante sentencias inhibitorias que resultan indeseables a los fines del proceso y los de la administración de justicia.

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

En ese sentido se ha sostenido, por ejemplo, que el demandante no puede pretender la declaración de existencia de una relación laboral y a la vez su negación por existir un contrato de prestación de servicios. Intrínsecamente la norma que exige que las pretensiones no se excluyan entre sí, para poder ser planteadas en la misma demanda, refiere a una controversia de tipo lógico a la que no debe escapar la administración de justicia, lo que evidentemente y contrario a lo señalado por el Ministerio demandado en sus alegaciones, en este caso puede superarse en un análisis en la sentencia como se itera determinó el Juez.

Sin Costas en la instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en la instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 20-2020-00127-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JESÚS ENRIQUE ARCHILA GUIO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.010.201.041 tarjeta profesional No267.784 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la AFP PORVENIR y Colpensiones y del grado de consulta a favor de



Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de noviembre del 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JESÚS ENRIQUE ARCHILA GURO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad de la vinculación y traslado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES el valor total de los bonos pensionales, rendimientos, aumentos, indexación, intereses, aportes cotizados; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. Como pretensión subsidiaria solicitó se declare la ineficacia del traslado (fls. 27 a 28 archivo "03 2020-127. ORD.FLS.244-527 SUBSANACION DEMANDA 01-02-21").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 24 de diciembre de 1961; que se afilió al Seguro Social el 16 de junio de 1983; que posteriormente se afilió a la AFP PORVENIR el 01 de octubre del 2001; que al momento del traslado no se le brindó la información necesaria; que cotizó a la AFP PROVENIR 668 semanas y 292 semanas a COLPENSIONES; que el 24 de diciembre de 2023 cumple los 62 años de edad; que la AFP PORVENIR nunca le brindó información con posterioridad al traslado; que se encuentra casado



y tiene 3 hijas menores de edad. (fls. 6 a 10 archivo “03 2020-127. ORD.FLS.244-527 SUBSANACION DEMANDA 01-02-21”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 6 y 8 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradora de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica. (fls. 3 a 43 archivo “08. 2020-127 ORD- FLS820-884.Contestación Colpensiones 28-09-2021”).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle el 1, 2, 6, 8, 26, 27 y 34 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls. 3 a 39 archivo “10 2020-127 ORD-FLS.888-1037. Contestación porvenir 06-10-2021”)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor JESUS



ENRIQUE ARCHILA GUIO, el 31 DE AGOSTO DE 2001, al FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado señor JESUS ENRIQUE ARCHILA GUIO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES, Y AFP PORVENIR S.A., a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: CONSULTAR en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de COLPENSIONES, entidad administradora de pensiones de la cual es garante la Nación.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que se apoya en las sentencias de la CSJ; que cuando no hay libertad informada la consecuencia es la ineficacia del traslado; que debe haber asimetría de la información; que se probó que el actor firmó el formulario de afiliación, con lo cual se prueba el consentimiento pero no informado; que no se probó que brindó la información necesaria al momento del traslado; que en estos casos no opera el término trienal.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación señalando que se debe ordenar la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración para que sean devueltos al fondo de pensiones públicos. Que se deben hacer uso de las facultades ultra y extra petita de ser necesario. Que la devolución de los gastos de administración es una de las consecuencias de la ineficacia. Que esos dineros son necesarios para que se pueda hacer correctamente la imputación en la historia laboral del demandante. Que se debe ordenar devolver el monto total que haya recibido



la AFP. Que se debe fijar un término perentorio, señalando que el cumplimiento de la sentencia debe hacerse en un término no superior a 3 meses.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación argumentando que no se probaron los vicios del consentimiento. Que con la declaratoria de ineficacia se quebranta el principio de sostenibilidad financiera. Que Colpensiones debe velar por los dineros del erario público, buscando el interés general sobre el interés particular. Que no se debe declarar la ineficacia, pues la pensión la entraría a pagar la Nación, pues su ahorro no será suficiente para financiar la pensión. Solicita se ordene el pago de un cálculo actuarial por parte del fondo o del actor para no afectar la sostenibilidad financiera conforme lo refiere la sentencia SU 062 del 2010, para que las personas puedan acceder al traslado.

Finalmente, la **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que no se comparte la decisión de declarar la ineficacia en sentido estricto, pues se está incumpliendo el principio de la confianza legítima y el principio de la aplicación restrictiva de las normas sancionadoras. Señala que para el año 2001 la única obligación que se tenía a nivel documental era el formulario de afiliación el cual prueba la existencia y validez de la afiliación. Que no se logra probar un vicio del consentimiento.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Jesús Enrique Archila Guio, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 2001 (fl. 90 archivo “10 2020-127 ORD-FLS.888-1037. Contestación porvenir 06-10-2021”).



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

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

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



la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Jesús Enrique Archila Guio, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2001; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular



Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 2001, por lo que es necesario



resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar.

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

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

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber



de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

No pudiendo tampoco COLPENSIONES solicitar que para que se acceda al traslado el fondo de pensiones o el actor deben pagar un cálculo de rentabilidad conforme lo exige la sentencia SU 062-2010, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021 esto no tiene ninguna incidencia en estos casos, toda vez que para estudiar dichos aspectos implicaría necesariamente la validez del acto de traslado a la AFP PRIVADA y aquí nos encontramos ante una ineficacia de traslado ante la falta de información.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2001**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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



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

Por lo señalado en precedencia, se **adicionaré** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos por la AFP PORVENIR, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes y rendimientos.

Adicionalmente, debe señalarse que conforme lo ha explicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 2298-2022 los valores de los bonos pensionales que ya se encuentren dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante deben ser trasladados a COLPENSIONES y no como lo ordena el *A quo* devolverse al emisor, por lo que se modificará en este aspecto el numeral tercero, lo cual se estudia en consulta en favor de Colpensiones.

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir



en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Finalmente, se le debe indicar al apoderado de la parte demandante que no es necesario colocar un término para el cumplimiento de la sentencia, como quiera que esta se debe cumplir una vez quede ejecutoriada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR y MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la AFP PORVENIR debe trasladar adicionalmente a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y los valores de los bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro de ahorro individual del actor, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 20-2020-00173-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARINA LILIA NE MALDONADO JARAMILLO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MAIRA ALEJANDRA PACHON FORERO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.070.306.604 y tarjeta profesional No. 296.872 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 08 de febrero del 2021.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARINA LILIANE MALDONADO JARAMILLO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad de la afiliación y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS en el mes de septiembre de 1997 ante la AFP PORVENIR por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento para que se trasladara al RAIS. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR retornar al demandante junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD administrado por Colpensiones; se condene a COLPENSIONES a recibir a la actora en el RPMPD y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 5 a 6 archivo “03 2020-173 FL 85 SUBSANACION DEMANDA 07-10-20”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que desde el 28 de marzo de 1990 hasta el 31 de enero de 1996 estuvo afiliada al ISS; que para el 31 de enero de 1996 contaba con un total de 55 semanas cotizadas en el ISS; que para el mes de julio de 1994 cuando laboraba como independiente los asesores de la AFP PORVENIR le presentaron el nuevo régimen pensional, asegurándole que el ISS se acabaría, por lo que perdería sus cotizaciones y que tendría mayores rendimientos y podría pensionarse a la edad que quisiera en el nuevo régimen;



que tiene un total de 1101 semanas cotizadas a octubre de 2019; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 4 a 5 archivo “03 2020-173 FL 85 SUBSANACION DEMANDA 07-10-20”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2 y 11 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradora de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica. (fls. 2 a 37 archivo “10 2020-173 FL 212-275 CONTESTACION COLPENSIONES 11-03-21”).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 9 y 12; negó el 4, 5, 6, 7 y 13 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 2 a 21 archivo “06 2020-173 FL 94 a 198 CONTESTACION PORVENIR 16-02-21”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MARINE LILINE MALDONADO JARAMILLO hacia la sociedad COLPATRIA el día 20 de agosto de 1987 en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MARINE LILINE MALDONADO JARAMILLO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y COLPENSIONES EICE., a favor de la señora MARINE LILINE MALDONADO JARAMILLO. Tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3)SMMLV, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: de ser o no apelada la presente decisión, envíese ante el superior H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que se apoya en las sentencias de la CSJ; que cuando no hay libertad informada la consecuencia es la ineficacia del traslado; que debe haber asimetría de la información; que se probó que la actora firmó el formulario de afiliación, con lo cual se prueba el consentimiento pero no informado; que no se probó que brindó la información necesaria al momento del traslado; que en estos casos no opera el término trienal.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se revoquen las condenas impuestas teniendo en cuenta lo esbozado en las alegaciones finales y en la contestación de la demanda. Indicó que Colpensiones nada tiene que ver



dentro de estos procesos en los cuales se les permite a las personas trasladarse pese a estar dentro de una prohibición legal. Indica que a las únicas personas que les consta si se brindó o no la información al momento del traslado es a los afiliados y al asesor que estuvo al momento del traslado, pero en la mayoría de procesos no se trae el asesor, lo que hace imposible verificar esa información. Asegura que la demandante se ha venido beneficiando del RAIS desde el año 1997, pues cuando se cotiza también se hace para los riesgos de invalidez y muerte. Solicita se ordene la elaboración de un calculo de rentabilidad para saber si se alcanza a cubrir la expectativa pensional. Que se debe tener en cuenta la prohibición para no desfinanciar el sistema.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Marina Liliane Maldonado Jaramillo, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLPTRIA hoy PORVENIR en el año 1997 (fl. 58 archivo “06 2020-173 FL 94 a 198 CONTESTACION PORVENIR 16-02-21”).

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



administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Marina Liliane Maldonado Jaramillo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente



caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba



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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1997, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que el



ISS se iba acabar y que al trasladarse podía pensionarse mejor y a cualquier edad.

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

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

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

No pudiendo tampoco COLPENSIONES solicitar que para que se acceda al traslado el fondo de pensiones o la actora deben pagar un cálculo de rentabilidad conforme lo exige la sentencia SU 062-2010 o alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021 esto no tiene ninguna incidencia en estos casos, toda vez que para estudiar dichos aspectos implicaría necesariamente la validez del acto de traslado a la AFP PRIVADA y aquí nos encontramos ante una ineficacia de traslado ante la falta de información.



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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

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

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos por la AFP



PORVENIR, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes y rendimientos.

Adicionalmente, debe señalarse que conforme lo ha explicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 2298-2022 los valores de los bonos pensionales que ya se encuentren dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante deben ser trasladados a COLPENSIONES y no como lo ordena el *A quo* devolverse al emisor, por lo que se modificará en este aspecto el numeral tercero, lo cual se estudia en consulta en favor de Colpensiones.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR y MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la AFP PORVENIR debe trasladar adicionalmente a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y los valores de los bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro de ahorro individual de la actora, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2019-00592-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA ALDA BARRERA LOMBO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería al Dr. NICOLAS RAMÍREZ MUÑOZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.463.893 y tarjeta profesional No. 302039 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de febrero de 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARÍA ALDA BARRERA LOMBO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación al RAIS realizada en agosto de 1994. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP OLD MUTUAL y PORVENIR a liberar de sus bases de datos a la demandante y a devolver a COLPENSIONES 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 su frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 50 archivo “001Expediente”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 20 de septiembre de 1960; que empezó su vida laboral el 07 de septiembre de 1983; que en aquella calenda se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones; que continuó cotizando para los riesgos de IVM en el RPMPD hasta agosto de 1994 fecha en la cual se trasladó a la AFP PORVENIR; que posteriormente se trasladó a SKANDIA; que los asesores de las AFP PRIVADAS le ofrecieron a la demandante el beneficio de pensionarse a más temprana edad y le dijeron que el ISS iba a ser liquidado y que por ello sus aportes se encontraban en riesgo;



que los asesores también le manifestaron que el monto de su mesada pensional sería más alto en el RAIS; que no se le brindó una asesoría completa al momento del traslado; que presentó solicitud de nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 47 a 49 archivo “001Expediente”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1 y 22; negó parcialmente el 4; negó el 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 14; dijo ser parcialmente cierto el 12 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 2 a 30 archivo “002ContestaciónPorvenirS.A.”).

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4 y 20 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradora de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica. (fls. 2 a 41 archivo “003ContestacionColpensiones”).

Por su parte, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 12, 15, 16, 17, 18 y 21; manifestó no constarle el 2, 3, 20 y 22; dijo que el 19 no era un hecho y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica. (fls. 3 a 28 archivo “006ContestacionSkandia”).



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARÍA ALDA BARRERA LOMBO con C.C. No. 28.656.643, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 12 de julio de 1994. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA S.A. fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A y Skandia S.A. efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

QUINTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A Fijese como agencias en derecho la suma de \$2.000.000a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante.

OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.” (archivo “014ActaAudiencia”)



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme lo dijo la CSJ la sanción al traslado desinformado es la ineficacia, por lo que el presente caso debe estudiarse desde el régimen de la ineficacia. Que debe existir una libertad de afiliación informada. Que no basta con la firma del formulario de afiliación. Que no era necesario ser beneficiario del régimen de transición, ni tener una expectativa legítima. Que en todos los casos de traslado debe brindarse la información necesaria. Que no se ve afectada la sostenibilidad financiera. Que las demandadas no probaron haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que para la fecha en que se dio el traslado la demandante podía escoger entre dos regímenes. Que si bien existe un precedente jurisprudencial de la CSJ, lo cierto es que para la fecha en que se efectuó el traslado no existía una norma que dijera cuál era el tipo de información que se debía brindar. Que no tiene como acreditar que brindó la información. Que el precedente jurisprudencial nació 14 años después de haberse realizado el traslado. Que para la época del traslado no existía una norma que le exigiera dejar un documento adicional al formulario de afiliación para demostrar la existencia del traslado. Que esta impedida para probar cual fue la información brindada en el momento del traslado, pues las asesorías eran de carácter verbal. Que no podía limitarse la selección de régimen. Que no esta de acuerdo con la condena a devolver los gastos de administración, pues estos se descuentan con autorización legal y no de forma caprichosa. Que ese descuento es para asegurar los riesgos de invalidez y muerte, los cuales no se puede desconocer que estuvieron cubiertos. Que si estuviera en Colpensiones también se haría ese descuento. Que no se evidencia la existencia de un perjuicio. Finalmente indica que se debe revocar la condena en costas.

Por su parte, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que no se tuvo en cuenta que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal lo cual debe tenerse en cuenta para no afectar la



sostenibilidad financiera. Que en cuanto a la línea jurisprudencial de la CSJ es necesario tener en cuenta que cada caso debe ser estudiado de manera particular y que en este caso la inconformidad no es la falta de información sino el monto de la pensión.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora María Alda Barrera Lombo, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1994 (fl. 51 archivo “002ContestaciónPorvenirS.A.”) y posteriormente a la AFP SKANDIA en el año 2000 (fl. 72 archivo “006ContestaciónSkandia”).

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

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



suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

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

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

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



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

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto



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

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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba a acabar; que se podía pensionar con una mesada superior a la que le correspondería en el



ISS; que se podía pensionar a cualquier edad; que podía retirar los aportes sin ninguna restricción y que sus aportes eran heredables.

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

No siendo de recibo tampoco que Colpensiones alegue en su recurso la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 1818 del 3 de mayo de 2021 esto no tiene ninguna incidencia en los casos en que se solicita la ineficacia del traslado, pues para estudiar dichos aspectos implicaría necesariamente la validez del acto de traslado a la AFP PRIVADA y aquí nos encontramos ante una ineficacia de traslado ante la falta de información.

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

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



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

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

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

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir



en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto a la condena en costas, se tiene que dicha decisión no será objeto de modificación por cuanto la demandada resultó vencida en el trámite procesal en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARO VOTO. Comparto la decisión que se adopta, sin embargo, me parece inocua la declaración que hace el Tribunal, pues tal determinación ya fue dictada en sentencia de primera instancia.

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07 2019 514 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ IBED CANDIL

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Astrid Cajiao, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Colpensiones y Protección, revisa la Corporación la sentencia proferida el 22 de marzo de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de Colpensiones y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora LUZ IBED CANDIL, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Protección S.A., incumplió con su deber legal de información, al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, por lo que solicita, se declare nula e ineficaz la afiliación que realizara con dicha AFP y que se encuentra válidamente afiliada al RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Protección a registrar en su sistema que la afiliación en comento es nula e ineficaz, a trasladar a Colpensiones la totalidad del ahorro por ella efectuado junto con rendimientos y demás a Colpensiones, a esta última a activar su afiliación y recibir los recursos objeto de traslado.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 18 de abril de 1964, que empezó a aportar para el régimen pensional a través del ISS en 1990, que se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección el 13 de diciembre de 1994, cuando tenía 30 años cumplidos, que se encuentra afiliada a dicha AFP en la actualidad, que el traslado en comento tuvo lugar cuando en su sitio de trabajo cuando se presentaron unos asesores de Colmena AFP, indicándole que el ISS, se encontraba atravesando por una crisis financiera y de permanecer afiliada en este, corría el riesgo de perder los aportes por ella efectuados, le señalaron que de afiliarse a dicha AFP, podría adquirir derecho pensional más joven, sin explicarle los requisitos para acceder a dicho beneficio; que no se le brindó información completa y clara sobre los efectos y consecuencias de ese traslado ni sobre las características de ambos regímenes pensionales, no se le puso de presente proyección pensional alguna.

Afirma que tampoco se le informó sobre la posibilidad con que contaba de retornar al RPM antes del cumplimiento de los 47 años, que para octubre de 2018, Protección S.A., le informó que su mesada pensional se estimaba en \$1.140.590, que el IBL sobre el que cotiza es de \$5.305.342, correspondiéndole de seguir afiliada en el RPM una mesada pensional de \$3.560.549; razón por la

cual y ante tal diferencia sustancial en el valor de su mesada pensional solicitó a Protección anular su afiliación y a Colpensiones a reactivar la misma, solicitudes que le fueron negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 19, 24, 25 y 29, negó el No. 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones; aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 3 a 5, 7, 20, 23 y 26; manifestó no constarle los No. 2, 6, 21, 24, 25 y 27 a 29 y negó los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora LUZ IBED CANDIL con la AFP PROTECCIÓN SA el 15 de diciembre de 1994.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora LUZ IBED CANDIL dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente, PROTECCIÓN S.A. deben incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

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

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: Se condena en costas a Protección S.A. y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso, le correspondía a la AFP del RAIS, brindar al momento de la afiliación una información clara, cierta y comprensible en cuanto a los efectos del traslado para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, obligación que estaba en su cabeza desde la creación de dichos fondos y ante la omisión de dicho deber, el traslado de régimen no se podía predicar como libre; ya que el deber a que se hace alusión conforme los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, tenía varias etapas en el tiempo, la primera, el deber de información consagrado en el Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993, naciendo la asesoría del buen consejo en el año 2009 y para el 2014 y 2015 el de doble asesoría.

Que frente a la demandante, a la fecha de su afiliación a la AFP Protección en el año 1994, se encontraban vigentes la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 de 1994, le correspondía a esta haberle señalado las condiciones de acceso, ventajas, desventajas del traslado de régimen y consecuencias del mismo, que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición a la fecha de su traslado, no obstante ello dicho deber se debía proporcionar a todos afiliados independientemente de dichas circunstancias y como quiera que la afirmación de no haber recibido la información al momento de su traslado de régimen, correspondía a una negación indefinida cuya prueba de lo contrario, le correspondía a la administradora pensional conforme los preceptos del artículo 167 del CGP y 1604 del CC, debiendo aportar prueba de ello dentro del trámite procesal.

Conforme lo anterior, había quedado probado el traslado de la actora del RPM al RAIS, el 13 de diciembre de 1994 a través de Colmena S.A., data para la cual, contaba con 30 años; que la señora Luz, había señalado al momento de absolver interrogatorio de parte los pormenores de su traslado de régimen en 1994, que

la visitaron 2 asesores de Colmena en su sitio de trabajo, quienes afirmaron que el ISS se iba a acabar, que no le indicaron que podría retornar al RPM antes de cumplir los 47 años de edad, no le explicaron sobre el derecho de retracto y dicha reunión fue de 10 minutos, sin que le diera mayor información; que de dicho interrogatorio no se desprendía una confesión respecto al recibimiento de la información referente a su traslado, no obrando ningún medio de convicción respecto al suministro a la actora por parte de las AFP convocada de la información en los términos antes señalados, ni se acreditaba la idoneidad de los asesores de la misma.

Sobre el formulario de vinculación, indicó que no era admisible afirmar que con la firma se plasmó o convalidó su voluntad de mantenerse en el RAIS, ya que de este no se derivaba el cumplimiento del deber de información, ni tal omisión se saneaba por la permanencia de la actora en el RAIS.

De dicho análisis probatorio, se imponía la declaratoria e ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, ya que no se podía tener por suplido el requisito de información con la simple firma, cuando del contenido del documento no se desprendía cuál fue la información que se le brindó a la actora, debiéndose disponer conforme los efectos de la ineficacia el traslado de aportes con destino al RPM, junto con rendimientos, gastos de administración y comisiones, estos últimos con cargo a sus propios recursos y cualquier otro emolumento que se hubiera descontado de los aportes de la afiliada y Colpensiones debía recibir los mismos, que tales emolumentos, ostentaban el carácter de imprescriptibles, así como la acción bajo estudio por envolver derechos pensionales que tenían tal carácter.

Indicó por último que no procedía condenar a Colpensiones en costas al no haber intervenido en el acto de afiliación cuya ineficacia se declaraba.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que no había lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la actora por cuanto esta conllevaba a consecuencias que afectaban el patrimonio de dicha entidad y si bien era cierto, existía una línea jurisprudencial al respecto, debía analizarse cada caso

en particular, que la demandante, tampoco podía exonerarse de la responsabilidad de su situación pensional, siendo negligente sobre el particular, ya que no había hecho uso de los derechos de retracto y rescisión para dejar sin efecto su afiliación al RAIS y ellos se encontraban contenidos en el formulario, que la Corte Constitucional había reiterado la sostenibilidad financiera del sistema pensional contenido en el artículo 48 de la CP, debiendo primar el principio de interés general sobre el particular, ya que Colpensiones debería pagar una pensión a la actora, siendo su aporte individual, el que no era suficiente para financiar su propia pensión.

Protección S.A., recurrió señalando que no compartía la decisión en cuanto a la condena de traslado de cuotas de administración y seguro previsional ya que durante el tiempo de afiliación de la actora al RAIS, se había realizado un correcto manejo de dichos recursos y el traslado de los mismos generaba un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, su descuento estaba autorizado por Ley y también se realizaban en el RPM. Que el seguro provisional se pactaba con un tercero, no se podía desconocer el régimen de los seguros y se estaría afectado un tercero que era la aseguradora.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos, se tiene que lo pretendido por la señora LUZ IBED CANDIL, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 13 de diciembre de 1994, a través de formulario de afiliación suscrito con Colmena hoy Protección S.A., y que fuera allegado junto con escrito de demanda en expediente digital.

En este orden, la figura de la ineficacia ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación

de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha

información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colmena hoy Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

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

En ese orden, concluyó que:

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

de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Conforme lo anterior y contrario a lo indicado por Colpensiones en su recurso, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RAIS en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió.

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

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

De igual forma el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, con gastos de administración y comisiones, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

De igual forma y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones, la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en dicho acto brindarle al afiliado toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, pues conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que se debe garantizar con independencia de su formación profesional.

En cuanto a la condena de trasladar al RPM los gastos de administración y primas de seguro previsional, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la AFP recurrente, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

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

Proceso Ordinario Laboral No. 07-2019-514-01 Dte: LUZ IBED CANDIL Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)

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

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-00520-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ROSA MARÍA RIVERA MORA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 02 de marzo del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora ROSA MARÍA RIVERA MORA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la ineficacia del traslado que efectuó del RPMPD al RAIS el 01 de octubre de 1999 y se declare afiliada al RPMPD. Como consecuencia, se ordene a la demandada COLFONDOS S.A. para que proceda a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual con todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros y demás a que tenga derecho; se autorice a COLFONDOS S.A. a descontar de la condena las mesadas pensionales que hubiese cancelado a la demandante; se ordene a COLPENSIONES a activarla en el RPMPD a partir del 01 de octubre de 1999; a recibir todos los valores que le sean trasladados por COLFONDOS S.A y a reconocer la pensión de vejez a la demandante junto con las costas del proceso. (fls. 72 a 73 y 86 a 87 archivo “001. EXPEDIENTE DIGITAL 2019-520”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de diciembre de 1955; que cotizó al ISS a través de varios empleadores desde el 11 de junio de 1979 al 31 de octubre de 1999 logrando cotizar 785.57 semanas; que posteriormente se trasladó al RAIS a través de la AFP COLMENA el 01 de octubre de 1999 hasta febrero del 2014; que al momento del traslado no se le brindó la información suficiente; que posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS; que el 08 de octubre del 2014 Colfondos S.A. le notificó el reconocimiento de su pensión de vejez a partir del mes de octubre del 2014 equivalente a un SMMLV. (fls. 73 a 76 y 88 a 90 archivo “001. EXPEDIENTE DIGITAL 2019-520”).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 10 y 13; negó el 8 y 9 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica. (fls. 98 a 106 archivo “001. EXPEDIENTE DIGITAL 2019-520”).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 4, 15, 16 y 17; negó el 14 y 18 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, calidad de pensionada de la demandante, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, compensación y la innominada o genérica. (fls. 134 a 142 archivo “001. EXPEDIENTE DIGITAL 2019-520”)

De otro lado, **PROTECCION S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1; negó el 3, 4, 5 y 6 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; traslado de aportes a OLD MUTUAL y la innominada o genérica. (fls. 289 a 307 archivo “001. EXPEDIENTE DIGITAL 2019-520”)



Finalmente, **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle ningún hecho. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica. Llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (fls. 335 a 351 archivo “001. EXPEDIENTE DIGITAL 2019-520”)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandas PROTECCION, COLFONDOS, SKANDIA Y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Rosa María Rivera Mora.

SEGUNDO: RELEVARSE el estudio del llamamiento en garantía propuesto contra MAPHRE SEGUROS DE VIDA, por tanto se absolver a esta entidad de todas las pretensiones incoadas.

TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a los parte demandante; Fijándose como agencias en derecho la suma de UNMILLON DE PESOS (\$1.000.000).”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la CSJ estableció que las pretensiones de la demanda deben estudiarse bajo la figura de la ineficacia del traslado. Que en estos casos se debe demostrar que la entidad garantizó una decisión libre e informada al momento del traslado. Señala que la Corte ha indicado que no es posible declarar la ineficacia del



traslado de las personas que ya se encuentren pensionadas, pues ya tienen un hecho jurídico consolidado como es el status de pensionado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación señalando que difiere de la decisión adoptada por el fallador de primera instancia pues para el momento en que se presentó la demanda en junio del 2018 la línea de la Corte era la que se avizoraba antes de febrero de 2021. Que para ese momento ningún Despacho Judicial, ni la misma Corte se habían pronunciado sobre la calidad de pensionadas o no de las personas sino que miraban el daño frente a la ineficacia del traslado. Que su inconformidad radica en que si bien no se solicitaron daños y perjuicios estaba el fundamento para que el Juez se pronunciara al respecto.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora ROSA MARÍA RIVERA MORA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP COLMENA en el año 1999, como se verifica en el formulario de afiliación (fl. 325 archivo “001. EXPEDIENTE DIGITAL 2019-520”).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la



determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por el Juez de primer grado y como bien lo indica la parte recurrente, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Rosa María Rivera Mora, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año



1999; por lo que se debe dar por demostrado que la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A., fondo al que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial.

No obstante lo anterior, en el presente, no fue objeto de reparo que la señora Rosa María Rivera Mora, ostenta la calidad de pensionada, prestación que le fuera concedida por parte de la demandada COLFONDOS S.A., tal y como se menciona desde la demanda y lo acepta la demandante al absolver el interrogatorio de parte.

Es así como, para el caso de quienes como la actora peticionan la ineficacia del traslado pensional cuando ya adquirieron el estatus de **pensionado** en el RAIS, el criterio jurisprudencial que venía sosteniendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era el señalado en sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, reiterado en otras como las SL 17597 de 2017 y SL 4933 de 2019, pronunciamientos según los cuales como señala la recurrente, procedía la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando no se comprobaba el suministro de la información pertinente en los términos antes señalados previo al acto del traslado de régimen pensional; no obstante ello, la Corporación de Cierre de esta jurisdicción se apartó del anterior criterio en mención en reciente sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, oportunidad en que indicó que no resultaba procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando quien lo solicitaba, ostentaba la calidad de pensionado, debido a las múltiples y complejas situaciones que habría que revertir ante los efectos de dicha ineficacia, en pronunciamiento en mención indicó:

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado



*(vuelta al statu quo ante)*¹, **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:**

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

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

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

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

Conforme lo señalado en precedencia y atendiendo el carácter vinculante de la jurisprudencia proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, se tiene que si bien la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCION, conforme el caudal probatorio recaudado, no demostró que para la fecha de afiliación de la actora a esta, en el año 1999, (fl. 325 archivo “001. EXPEDIENTE DIGITAL 2019-520”), había ilustrado a esta sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro; **no es posible** acceder a su pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado, ya que

¹ SL1688-2019, SL3464-2019



como se señaló, no fue objeto de reproche su calidad de pensionada, la que ostenta desde el año 2014.

Dicho estatus impide, se itera acceder a la pretensión principal con apego a reciente criterio jurisprudencial en cita, máxime cuando para el caso de la actora, ostenta la calidad de pensionada desde hace más de 8 años, circunstancia que determina que retrotraer los efectos de su afiliación al RAIS como lo pretende, traería consigo una cantidad considerable de consecuencias que resultan perjudiciales para el sistema pensional, ya que su afiliación, cumplió con su objetivo principal, como lo es el acceso a una de las prestaciones propias que concede este, la prestación por vejez, y por tanto, al accederse a la pretensión de ineficacia del traslado, el sistema pensional sufriría un detrimento patrimonial.

Por lo anterior, se **confirmará** la absolución dispuesta en sentencia recurrida, pero por las razones aquí señaladas. No pudiendo estudiarse como lo pretende la parte actora indemnización de perjuicios como quiera que esta Corporación no cuenta con facultades extra y ultra petita.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

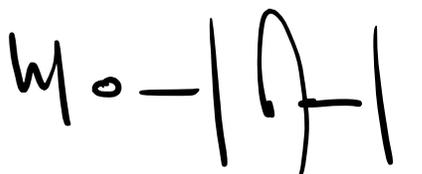
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2021-00053-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: YANETH DE LOS ANGELES DÍAZ ROMERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de febrero del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora YANETH DE LOS ANGELES DÍAZ ROMERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado por medio del cual se efectuó el cambio de régimen pensional del RPMPD al RAIS a través de la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCION por omisión en la información que se le debió haber brindado al momento del traslado. Como consecuencia, se declare para todos los efectos legales que nunca estuvo afiliada al RAIS y que se encuentra afiliada al RPMPD; que se ordene a COLPENSIONES que acepte el traslado de régimen; que se ordene a la AFP PROTECCION que traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C. C., junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 2 archivo “001Demanda”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCION S.A. en mayo de 1995; que recibió en las instalaciones de su lugar de trabajo la visita del promotor de PROTECCION S.A. en el que la invitaron a trasladarse del RPMPD al RAIS; que para esa época PROTECCION S.A. no contaba con personal experto ni profesionales con conocimiento o formación en pensiones; que el promotor se limitó a informarle que en el RAIS podría pensionarse a cualquier edad con una mesada pensional superior en su cuantía a la que le correspondería en el ISS y que el Seguro Social se iba acabar y que la única forma de recuperar el dinero que se había cotizado era afiliándose al RAIS; que no se le brindó la información necesaria y suficiente al momento del traslado; que solicitó ante las demandadas la ineficacia de su traslado, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 2 a 5 archivo “001Demanda”).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 17, 18 y 20; dijo que el 15 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (fls. 3 a 14 archivo “008ContestaciónColpensiones”).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 15 y 19; dijo no constarle el 17, 18 y 20 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, Reconocimiento de Restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (fls. 2 a 33 archivo “010ContestacionProtección”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora YANETH DE LOS ANGELES DIAZ ROMERO identificada con C.C. No. 32.812.089 a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN el 8 de abril de 1995 con fecha de efectividad 01 de junio de 1995, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los



efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante YANETH DE LOS ANGELES DIAZ ROMERO por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., todos los valores que haber recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.” (archivo “015ActaArt77y80CPTydeLaSS”)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la ineficacia del traslado se ha venido desarrollando a través de la línea jurisprudencial de la CSJ; que los fondos tenían la obligación de brindar una asesoría al momento del traslado; que si bien la jurisprudencia señala que se invierte la carga de la prueba en favor del afiliado, lo cierto es que es casi imposible para las AFP probar que brindaron la información; razón por la cual considera que no se les debe condenar en costas; que para el año 1995 fecha en que se efectuó el traslado ya existía el deber de información, el cual no se probó haberse brindado a la demandante; que no ordena la devolución de los gastos de administración como quiera que es un descuento fijado en la ley.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante**, recurrió señalando que no esta de acuerdo con la no imposición de costas pues basta con recordar que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien tuvo una decisión desfavorable y comprende además las agencias en derecho. Indica que la



normatividad procesal impone que se condene en costas a la parte vencida en juicio y no hacerlo contravía los artículos 366 y s.s. del CGP.

Por su parte, **Colpensiones** impugnó la decisión argumentando que se debe adicionar la condena impuesta en lo referente a los gastos de administración en atención a lo dispuesto en las sentencias de la CSJ en las cuales se estableció que la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que se deban trasladar el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Yaneth de los Angeles Díaz Romero, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLMENA hoy PROTECCION en el año 1995. (fl. 17 archivo “001Demanda”)

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



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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Yaneth de los Ángeles Díaz Romero, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.



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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1995, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.



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

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

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

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

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



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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

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

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral SEGUNDO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los gastos de administración por la AFP PROTECCION, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, y bonos pensionales.



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

En cuanto al argumento de la parte demandante respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolver a las demandadas de la misma, como quiera que fueron vencidas en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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



TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia recurrida para en su lugar **CONDENAR** en costas de primera instancia a las demandadas.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2018-00412-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ENOC DEL CARMEN MARZOLA LUNA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Miguel Antonio Echeverría Cifuentes (litisconsorte necesario) y del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 23 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora ENOC DEL CARMEN MARZOLA LUNA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es beneficiaria de la sustitución pensional de sobreviviente causada por el fallecimiento de su cónyuge CALIXTO ANGEL ECHEVERRIA MARAÑON (q.e.p.d.). Como consecuencia, solicita se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del 26 de diciembre del 2017, junto con los aumentos legales y las mesadas adicionales debidamente indexadas, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fls. 3 a 4 archivo "001.2018-412").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor CALIXTO ANGEL ECHEVERRIA MARAÑON falleció el 26 de diciembre de 2017; que mediante la Resolución N° 9988 del 01 de enero de 1997 el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez en cuantía de salario mínimo legal mensual vigente; que a su vez devengaba una asignación de retiro por parte del Ministerio de Defensa la cual le fue sustituida a su cónyuge supérstite mediante Resolución N° 4277 del 2018 expedida por el Ministerio de Defensa; que el causante se casó con la señora Marzola Luna el 24 de noviembre de 1995; que convivía y dependía económicamente del causante desde que contrajeron matrimonio; que su convivencia fue de manera permanente e ininterrumpida hasta la fecha del fallecimiento; que presentó reclamación administrativa el 29 de mayo del 2018 ante Colpensiones, sin obtener una respuesta favorable. (fl. 3 archivo "001. 2018-412").

La parte demandante presentó reforma a la demanda para incluir una solicitud de prueba testimonial (fl. 189 archivo "001. 2018-412"), la cual fue admitida mediante auto del 25 de febrero del 2020 (fl. 190 archivo "001. 2018-412").



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el 4 y 5 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 74 a 76 archivo “001. 2018-412”).

CONTESTACIÓN DE MIGUEL ANTONIO ECHEVERRIA CIFUENTES (Litisconsorte necesario)

Al contestar la demanda, **MIGUEL ANGEL ECHEVERRIA CIFUENTES**, a través de su curadora se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el 5 y, aceptó los demás. Señaló que es el señor MIGUEL ANGEL ECHEVERRIA CIFUENTES en calidad de hijo interdicto quien tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional por el fallecimiento de su progenitor. No propuso excepciones. (fls. 106 a 119 archivo “001. 2018-412”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que a la señora ENOC DEL CARMEN MARZOLA LUNA le asiste el derecho como única beneficiaria, a que la demandada COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes del causante CALIXTO ÁNGEL ECHEVERRIA MARAÑÓN.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante ENOC DEL CARMEN MARZOLA LUNA del causante CALIXTO ANGEL ECHEVERRIA MARAÑÓN, a partir del 26 de diciembre de 2017 con un valor de mesada inicial de un (1) SMLMV y por trece mesadas al año, suma que deberá ser reajustada conforme la variación porcentual anual de IPC, tal como lo dispone el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante ENOC DEL CARMEN MARZOLA LUNA la suma de



cuarenta y dos millones ciento ocho mil seiscientos sesenta y tres pesos con cincuenta y dos centavos (\$42.108.663,52), por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 26 de diciembre de 2017 a agosto de 2021, quedando autorizada la entidad pensional para descontar de dicha cifra lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

CUARTO: ABSOLVER EN LO DEMÁS, teniendo en cuenta las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada COLPENSIONES denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada COLPENSIONES y tercero interviniente, como se dejó en las consideraciones de esta sentencia." (CD fl. 66)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra probado que el señor Calixto falleció el 23 de diciembre de 2017 por lo que la normatividad aplicable es la Ley 797 del 2003; en cuanto a las pretensiones de **Miguel Antonio Echeverria** señaló que acreditó que fue declarado interdicto en el 2016 por un Juzgado de Familia por incapacidad absoluta y que se nombró como su curadora a su hermana. Señala que no está probado ni la invalidez, ni su dependencia económica frente al causante, pues no reposa calificación del estado de invalidez, no siendo suficiente la sola declaración de interdicción, pues que una persona este en incapacidad no significa que no pueda trabajar. Tampoco se conoce la fecha de estructuración de la invalidez. Y señala que la única testigo traída al proceso señaló que el señor Miguel no dependía económicamente de su progenitor. Respecto a las pretensiones de la señora **Enoc del Carmen Marzola Luna** señaló que tiene derecho a la sustitución pensional, como quiera que demostró la calidad de cónyuge y la convivencia exigida.

RECURSOS DE APELACIÓN

El señor **Miguel Antonio Echeverria** interpone recurso de apelación argumentando que fue declarado interdicto por discapacidad mental absoluta por el Juzgado Segundo de Oralidad de Cali mediante sentencia 168 del 29 de agosto del 2006 en el proceso con radicación 2014-00280 y que al ser una discapacidad absoluta deberá entenderse que esa discapacidad absoluta no



le permite a una persona tener un trabajo independiente que pueda hacer y por medio del cual se pueda valer. Señala que no se tuvo en cuenta que la incapacidad es absoluta.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por el señor Miguel Antonio Echeverría, la sala determinará en **apelación** si hay lugar a reconocerle la sustitución pensional por el fallecimiento de su progenitor. Y en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones se estudiará si a la demandante Enoc del Carmen Marzola Luna le asiste el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional por el fallecimiento de su cónyuge.

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos del reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante el cual ocurrió el 26 de diciembre del 2017 (fl. 15 archivo "001. 2018.412"), esto es, la Ley 797 de 2003, disposición que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia del cónyuge o compañero permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante y para los hijos inválidos les exige que acrediten la condición de invalidez y la dependencia económica frente a su progenitor.

- **Sustitución pensional Enoc del Carmen Marzola Luna**

La señora **Enoc del Carmen Marzola Luna** solicita la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite.

Pues bien, al respecto es preciso indicar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece en su literal a), que son también beneficiarios de la pensión de sobreviviente:

[...]



*a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...***”

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

En el presente caso, se encuentra probado que la señora Enoc del Carmen Marzola Luna contrajo matrimonio con el causante el 24 de noviembre de 1995 como da cuenta el registro civil de matrimonio en el cual no se registran anotaciones. (fl. 17 archivo “001. 2018-412”).

Adicionalmente, logró probar con las declaraciones de los señores **Carlos Andrés Galarza** yerno de la demandante quien manifestó conocer a la pareja desde hace 6 a 7 años; **Luz Karine Rodríguez Moncada** nuera de la demandante quien manifestó conocerlos desde hace 19 años; **Ginder Padilla** hijo de la demandante quien manifestó conocer al causante desde el año 1992 cuando comenzó a salir con su progenitora y **Gervin Padilla** hija de la demandante, que el señor Calixto Ángel Echeverría y la aquí demandante Enoc del Carmen Marzola Luna convivieron desde el año 1995 cuando contrajeron matrimonio hasta la fecha del fallecimiento del señor Calixto y que nunca se separaron.



Siendo necesario resaltar que la prueba testimonial apreciada, no solo fue abundante cuantitativamente, sino que también cualitativamente contribuyó a formar el convencimiento tanto del fallador de primera instancia como de esta Sala de Decisión, quien encontró en las declaraciones que éstas fueron coherentes y unánimes dejando ver la verdad real de lo ocurrido.

Por lo que acertó la falladora de primera instancia al establecer que la señora Enoc del Carmen Marzola logró acreditar la convivencia exigida, por lo que le asiste derecho a la sustitución pensional, tal y como se determinó en primera instancia.

- **Sustitución pensional Miguel Antonio Echeverría Cifuentes**

El señor Miguel Antonio Echeverría Cifuentes reclama la sustitución pensional en calidad de hijo inválido, por lo que debemos remitirnos al literal C) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 el cual establece que:

*“c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes **y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno**; y, los hijos **inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales**, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo **38** de la Ley 100 de 1993”*

Con arreglo a lo anterior, el actor requería acreditar tres requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes: (i) su calidad de hijo del causante; (ii) su condición de invalidez de conformidad con el criterio previsto en el artículo



38 de la Ley 100 de 1993; y (iii) su dependencia económica hacia la causante, sin que esto implique que la misma deba ser total ni absoluta.

En el presente caso, el señor Miguel Antonio Echeverría Cifuentes probó su calidad de hijo del causante Calixto Echeverría con el registro de nacimiento (fl. 120 archivo “001. 2018-412”), lo cual no fue objeto de discusión.

El problema radica en que no demostró su condición de invalidez, pues el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece que se considerará inválida la persona que hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral y una vez revisadas las pruebas allegadas, tal y como lo entendió la falladora de primera instancia, de ninguna de ellas se desprende que el señor Miguel Antonio Echeverría tenga una pérdida de capacidad laboral del 50% o más. Y es que conforme lo establece el artículo 41 *ibidem* el estado de *invalidez* será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de *invalidez* vigente a la fecha de calificación, lo cual no se trajo al proceso.

Es necesario precisar, que si bien es cierto se allegó la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Oralidad N° 168 dentro del radicado 2014-0280 del 29 de agosto del 2016 en la cual se declaró en interdicción judicial por discapacidad mental absoluta al señor Miguel Antonio Echeverría Cifuentes (fls. 122 a 137 archivo “001. 2018-412”); lo cierto es, que en ella no aparece cual es el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del señor Echeverría Cifuentes, lo cual era necesario que se estableciera para poder determinar si era o no inválido. Tampoco se aportó Dictamen de Calificación, ni ninguna prueba de la cual se pudiera derivar dicho porcentaje.

Adicionalmente, tampoco se probó la dependencia económica con su progenitor conforme lo exige la norma, por el contrario la única testigo traída al proceso la señora Mery Cifuentes prima del señor Echeverría Cifuentes fue clara al señalar que el causante no le brindaba ninguna ayuda económica a su hijo inválido; por tanto, al no probarse ni la condición de inválido, ni la dependencia económica, es claro, que acertó la falladora de



primera instancia al señalar que no cumplía con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes deprecada.

Virtud de lo dicho habrá de confirmarse la decisión proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 09-2020-110-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ISAAC GONZÁLEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor OSCAR WILLIAM MONTES, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora VALENTINA GÓMEZ TRUJILLO, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de enero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las Colpensiones, Porvenir y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ANTECEDENTES

El señor JORGE ISAAC GONZÁLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación que realizara el 12 de abril de 1995 hacia Porvenir S.A., por falta de consentimiento informado, al haber mediado indebida, incompleta y engañosa información suministrada por parte de dicha AFP, igual declaratoria solicita respecto de la afiliación realizada ante Protección S.A., por el mismo motivo, que nunca se trasladó al RAIS, siempre ha pertenecido al RPM, que tiene derecho a percibir una pensión superior a \$11.000.000 en dicho régimen; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la parte demandada a registrar que nunca efectuó afiliación al RAIS, por falta de consentimiento informado, que se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación en el RPM, a Protección a devolver a Colpensiones la totalidad de dinero existente en su CAI, junto con comisiones y gastos de administración y a Colpensiones a actualizar su historia laboral.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 6 de julio de 1959, por lo que actualmente cuenta con 60 años de edad, que en año 85, se afilió al sistema previsional del sector público en el que cotizó 453,71 semanas, que con la creación de las AFP por virtud de la Ley 100 de 1993, se afilió el 12 de abril de 1995 a Porvenir S.A., quedando afiliado al RAIS, que el asesor de dicha AFP no cumplió con el deber de información y asesoría al momento de su traslado, por lo que su decisión de trasladarse, no obedeció a un consentimiento informado, no le fue entregado el reglamento de la AFP, así como el plan de pensión, como lo indicaba el Decreto 656 de 1994, no le informaron respecto de las diferencias entre ambos regímenes pensionales, que tampoco se le puso de presente el derecho que tenía de retractarse de dicha decisión, ni la naturaleza propia de capitalización del RAIS, omitiendo también señalarle las desventajas y/o riesgos de afiliarse a ese régimen.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Indica que la AFP en mención, tampoco le puso de presente proyección pensional comparativa alguna, ni se le dijo nada sobre la posibilidad de retornar al RPM luego de cumplir 3 años afiliado al RAIS, que el 13 de enero de 2004, cuando contaba con 44 años se trasladó a la AFP Santander hoy Protección, AFP que tampoco cumplió con el deber de información y asesoría, que en el 2019, solicitó ante las demandadas la anulación de su traslado al RAIS, las que le fueron negadas, argumentando que su afiliación había sido libre y voluntaria.

Señala que en el 2019, Protección S.A., le entregó proyección pensional indicándole que a los 62 años, tendría una mesada de \$2.745.139, lo que le genera un detrimento económico incalculable ya que cotiza por un IBL muy superior.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numeral 5, 37, 41 a 43, negó los No. 7 a 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 4 a 6, 20, 47, 53 y 54 negó los No. 21 a 26, 44, 46, 49, 50 y 55 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP.

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 6, 36, 39, 40, 51 y 52, negó los No. 4, 5, 48, 53 y 54 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

causa, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Jorge Isaac González Sedano, entre el RPM al RAIS administrado por Porvenir, el 12 de abril de 1995.

SEGUNDO. CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Jorge Isaac González Sedano, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual del demandante Jorge Isaac González Sedano, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Protección y Porvenir, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, señalaban que la selección de régimen pensional, era libre y voluntaria y de atentarse contra dicha libertad, la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

afiliación quedaría sin efectos, que la CSJ había señalado que el deber de información a cargo de las AFP era exigible desde su creación y con el paso del tiempo, había identificado 3 etapas, de 1993 a 2009, de 2009 a 2014 y de 2014 en adelante, que esa Corporación había reiterado que la afiliación era libre y voluntaria si el afiliado conocía la incidencia que la decisión de traslado podría tener en su futuro pensional, sin que se pudiera estimar satisfecho dicho requisito con una expresión genérica, siendo que desde su creación, las AFP debían documentar el suministro de la información de manera suficiente y transparente al afiliado para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaran, conforme lo señalado en el Decreto 663 de 1993, cuyo marco era indicarle las consecuencias de su traslado, la comparación de ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, que la Corte también había reiterado que la carga de la prueba estaba a cargo de la AFP, cuando el afiliado afirmaba no haber recibido la información suficiente al efecto, sin importar si el afiliado tenía expectativa pensional alguna o era beneficiario del régimen de transición, considerándose oportuno el suministro de la información únicamente en el momento del traslado del RPM al RAIS.

Por lo que para el caso bajo estudio se encontraba probado que el actor había estado afiliado al RPM, se trasladó el 12 de abril de 1994 a Porvenir S.A., y el 13 de enero de 2004 a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A., que el actor en su interrogatorio afirmó que el asesor de Porvenir le había indicado al momento de la afiliación que se pensionaría con un mayor valor que en el RPM, a cualquier edad y que sus beneficiarios se favorecerían de su pensión en caso de fallecimiento, que conforme el caudal probatorio allegado, no se podía concluir que Porvenir S.A., le hubiera proporcionado al actor la información en los términos indicados, siendo que la afirmación en tal sentido se encontraba en el formulario, no era suficiente al efecto.

Que no se podía tener por convalidada la afiliación del actor al RAIS por el traslado horizontal que realizara este dentro del RAIS, ya que, desde el inicio, su afiliación a este, se había tornado ineficaz. Por último, indicó que no se declaraba probada la excepción de prescripción, por cuanto la acción de ineficacia, tenía una relación intrínseca con derechos pensionales, los que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

tenían el carácter de imprescriptibles, debiéndose declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, junto con el traslado de aportes, rendimientos y gastos de administración por parte de las AFP en las que estuvo afiliado el demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** recurrió señalando que esa entidad no había tenido injerencia alguna en la decisión del traslado del actor y la declaratoria hecha en la sentencia afectaba la sostenibilidad financiera del RPM y de los afiliados que habían cotizado toda su vida en ese fondo; que si la información brindada por la AFP, no había sido clara completa y comprensible, era carga de estas asumir el derecho pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el RPM ante el incumplimiento de dicho deber, que los efectos de la ineficacia, no podían ser endilgados a Colpensiones ante las omisiones de la AFP.

Solicitó de ser confirmada la sentencia, se dispusiera el traslado de todos los emolumentos a fin de garantizar las prestaciones propias del RPM.

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que si bien había un precedente jurisprudencial en materia de ineficacia de traslado, este mismo había señalado que se debía estudiar cada caso en particular y para el del actor, su traslado se había dado conforme las normas vigentes para la fecha en que se trasladó, cuando únicamente era exigible, una información clara, completa y suficiente, no siendo obligación documentar el cumplimiento de dicha obligación al haber sido suministrada de manera verbal y su traslado había sido libre y voluntario, que había actos de relacionamiento de los que se concluía la voluntad del actor de permanecer en el RAIS y esa AFP no vulneró los derechos del actor, sino le garantizó a través de la generación de rendimientos financieros, el correcto manejo de los recursos para construir derecho pensional.

Que en cuanto a los conceptos objeto de traslado al RPM, las sumas por concepto de seguros previsionales y gastos de administración eran descuentos autorizados por la Ley, en su patrimonio ya no contaba con esas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

primas ya que habían sido trasladadas a una aseguradora y los gastos de administración habían sido agotados con el tiempo en procura de generar rendimientos a los aportes del actor y conforme concepto de la Superintendencia Financiera, debían hacerse restituciones mutuas a favor de la AFP.

Protección S.A., señaló que no era procedente trasladar los aportes sin descontar gastos de administración, siendo que si el traslado al RAIS, se predicaba inexistencia por virtud de la ineficacia, las cosas debían volver al estadio inicial, por lo que dicha inexistencia también se predicaba de los rendimientos y gastos de administración y seguro previsional, rubros que por no haberse causado, no habría lugar a efectuar el traslado de los mismos al RPM, por lo que el traslado de gastos de administración, no era procedente ya que tales sumas habían sido descontadas por virtud de la Ley, al ser un deber impuesto por esta y ello implicaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y tales sumas no estaban llamadas a financiar las prestaciones del demandante, habiendo sido destinadas para los efectos previstos en la Ley.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor JORGE GONZÁLEZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 12 de abril de 1995, quedando igualmente demostrado el traslado horizontal que efectuara dentro de dicho régimen a Santander AFP hoy Protección S.A., el 13 de enero de 2004, formularios que obran en plenario digital.

En este orden, la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Provenir S.A., en recurso y alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Jorge González, se le hubiera brindado alguna



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS, el que quedó probado, tuvo lugar en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante proveniente el RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se concluye que contrario a lo señalado por la recurrente Porvenir S.A., **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información en los términos antes señalados y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, arribando luego de efectuar dicho estudio la decisión de primer grado a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio para el caso particular del demandante, la que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, deber que contrario a lo indicado por esa AFP también en alegaciones, no surgió con posterioridad a la afiliación del actor al RAIS.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones en alegaciones, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, ello no es óbice para que pueda adelantar la acción judicial bajo estudio por falta del deber de información, ante su carácter de imprescriptible.

Respecto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante y demás emolumentos señalados en decisión recurrida, junto con gastos de administración durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones y demás que realizó el actor a órdenes de Colpensiones, las que una vez trasladadas, entrarán a hacer parte del fondo común administrado por esta demandada.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

No siendo de recibo su argumento según el cual la AFP que incurrió en falta al deber de información, deba reconocer prestaciones pensionales conforme los preceptos del RPM, ya que dichos regímenes se encuentran claramente diferenciados por la Ley, no siendo posible imponerles a dichas administradoras el reconocimiento de prestaciones conforme a un régimen pensional que no administran.

En cuanto al traslado de recursos ordenado en decisión de primer grado y que es objeto de reproche por las AFP demandadas, tal decisión no será objeto de modificación, pues resulta procedente como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL3156 del 29 de junio de 2022, M.P. Iván Mauricio Lenis; oportunidad en que indicó:

*Ahora, dado que la ineficacia implica que para todos los efectos legales la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, la Sala también modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que Porvenir S.A., **además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** (Negrilla fuera del texto original).*

Al respecto, el concepto a que alude Porvenir S.A., en recurso, no resulta vinculante a esta Corporación, como quiera que tal carácter únicamente lo ostentan las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia como organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude las recurrente Porvenir, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09202000110-01 Dte: JORGE ISAAC GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2021-00162-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ROSMERY CHAPARRO MUÑOZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de octubre del 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.



ANTECEDENTES

La señora ROSMERY CHAPARRO MUÑOZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por haber cotizado más de 15 años de servicios al 30 de junio de 1995; que es beneficiaria de la sentencia SU 062 de 2010 y en tal sentido puede retornar al RPMPD en cualquier tiempo y que se debe ordenar su traslado del RAIS. Como consecuencia solicita se condene a la AFP SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a COLPENSIONES que acepten que la demandante es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por haber cotizado más de 15 años de servicios al 30 de junio de 1995; se condene a la AFP SKANDIA aceptar que es beneficiaria de la sentencia SU 062 de 2010 y que en tal sentido puede retornar al RPMPD en cualquier tiempo; que se condene a la AFP SKANDIA a ordenar el retorno de la demandante al RPMPD reembolsando los saldos o aportes pensionales y los gastos de administración descontados, junto con los rendimientos; se condene a COLPENSIONES aceptar el traslado y tener a la demandante como si nunca se hubiese trasladado; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 3 a 5 archivo “001. Escrito de Demanda”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró como empleada de INTROQUEL LTDA desde el 01 de febrero de 1979 al 10 de septiembre de 1980; que laboró como empleada de la SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ desde el 19 de noviembre de 1980 al 29 de junio de 1995; que desde los inicios de su vida laboral realizó sus aportes o cotizaciones para pensión en el RPMPD; que en vigencia de la Ley 100 de 1993 asumió la determinación de trasladarse al fondo SKANDIA PENSIONES Y CENSANTÍAS; que para el 30 de junio de 1995 contaba con más de 15 años



de servicios; que la Ley 100 de 1993 entró en vigencia en el Distrito Capital el 30 de junio de 1995; que al momento de trasladarse de régimen no le informaron que era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que el 25 de mayo del 2018 solicitó ante la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS la desvinculación de ese fondo y su traslado al RPMPD; que su petición se presentó por considerar que era beneficiaria del régimen de transición por tener más de 15 años de servicios al 30 de junio de 1995; que la AFP SKANDIA accedió a su petición y le señaló que requería que COLPENSIONES realizará la solicitud de traslado ante ese fondo; que el 11 de mayo del 2018 se solicitó ante COLPENSIONES el regreso del RPMPD en atención a lo indicado en la sentencia SU 062 del 2010, la cual le fue negada; que pese a que solicitó en reiteradas ocasiones a COLPENSIONES su traslado al RPMPD; éstas le fueron negadas. (fls. 1 a 3 archivo “001. Escrito de Demanda”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 25, 26 y 27; manifestó no constarle el 7, 9, 23, 28, 29 y 30; dijo que el 22 y 24 no eran hechos y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, buena fe y la genérica. (fls. 2 a 18 archivo “005.2021-162 Contestación de la demanda COLPENSIONES” y archivo “010. Subsanación de la Contestación de la Demanda”).

Por su parte, **c**, se opuso a las pretensiones de la demanda 2, 3, 4, 5, 8 y 9, respecto de los hechos aceptó el 6, 8, 13 y 144; dijo ser parcialmente cierto el 4 y 9; negó el 10, 28, 29 y 30 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Skandia no participó ni intervino



directamente en el momento de traslado de fondo, OLD MUTUAL no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción; buena fe y la genérica. (fls. 2 a 27 archivo “006. 2021-162 Contestación demanda SKANDIA”) Llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (archivo “008.2021-162 Llamamiento en garantía”)

De otro lado, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 4, 6, 7, 22 y 24 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones Obligatorias Administrado por COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica. (fls. 4 a 18 archivo “014. 2021-162 CONTESTACION COLFONDOS”)

Finalmente, el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 2, 5 y 6; negó el 23; dijo que el 22 y 24 no eran hechos y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de la legitimación en la causa por pasiva de la demandada Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP, competencia de lo fondos cajas y entidades territoriales para el reconocimiento de prestaciones de jubilación – incompetencia de los fondos o cajas para acceder a lo solicitado por el demandante; improcedencia de la vinculación como litisconosrte necesario – procedimiento para el cobro y pago de cuotas partes pensionales y/o del bono pensional para financiar prestaciones sociales, pago del bono pensional, prescripción de las mesadas pensionales y la genérica. (fls. 2 a 20 archivo “015. Contestación FONCEP”)



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandante ROSMERY CHAPARRO MUÑOZ es beneficiaria de regímenes de transición, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante no perdió el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el traslado efectuado del régimen de Prima media a régimen de ahorro individual, ya que se insiste para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 tenía más de 15 años de servicios cotizados.

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante en el marco de la vinculación que los unió y conforme fue también COLFONDOS trasladó sus aportes a SKANDIA entonces, todos los aportes que SKANDIA recibió los deberá trasladar a COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, a recibir los aportes trasladados por SKANDIA y asimismo a tener como afiliada en el régimen de prima media con prestación definida a la demandante ROSMERY CHAPARRO MUÑOZ, haciendo la salvedad de que es beneficiaria del régimen de transición.

QUINTO: en el eventual caso de que lo cotizado en el régimen de ahorro individual no sea equivalente a lo que se hubiese cotizado en el régimen de prima media, la parte demandante deberá hacer el pago de la diferencia correspondiente para lo cual COLPENSIONES una vez elaborado el cálculo correspondiente a la equivalencia deberá otorgarle un término prudencial a la parte demandante para que cancele dicho monto.

SEXTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES en esta oportunidad se estiman las costas procesales en medio salario mínimo mensual legal vigente gente, las cuales deberán ser canceladas a la parte demandante”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la actora estaba afiliada antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al RPMPD; que con la ley 100 de 1993 se creó un régimen de transición para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tuvieran 35 años de edad siendo mujer o 40 años siendo hombre o 15 años de cotización; que la actora al trasladarse al RAIS perdió el RPMPD; que la Corte Constitucional indicó que sólo lo perdían las personas que se trasladaban siendo



beneficiarias de dicho régimen en razón a la edad y que se exceptuaban quienes tenían 15 años de cotización a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; quienes podían regresar al RPMPD en cualquier tiempo. Que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la demandante acredita haber cotizado 15 años de servicios. Que como se esta accediendo a un traslado y no a una ineficacia del traslado la AFP privada sólo deberá devolver los aportes más los rendimientos. Que Colpensiones deberá revisar si existe alguna diferencia y otorgarle un tiempo prudencial a la demandante para cubrirla. Solo se condena en costas a Colpensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**. interpuso recurso de apelación argumentando que al demandante no le asiste el derecho a reintegrarse al RPMPD conforme al artículo 2° de la ley 797 del 2003 por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse y por no observarse vicios del consentimiento.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Corporación analizará si a la demandante le asiste derecho a retornar al RPMPD, como se dispusiera en primera instancia.

Al respecto, se tiene que como lo señaló el juzgador de instancia, no fue objeto de reparo que la demandante, en principio era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que actualmente, se encuentra afiliada al régimen de Ahorro Individual con solidaridad, por intermedio de **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**



Sobre el primer punto, se observa que la demandante, elevó diferentes peticiones ante el ISS a efectos de retornar al RPMPD, invocando ser beneficiaria del régimen de transición; peticiones que no fueron resueltas de manera favorable a la promotora del litigio.

Conforme lo se señalado, procede abordar el estudio del cumplimiento del requisito de los tiempos de cotización para recuperar el régimen de transición, asunto que ha sido ampliamente debatido por la jurisprudencia de la Máxima Corporación Constitucional, que fijó los criterios para determinar quiénes perderían dicho régimen por encontrarse en cualquiera de los dos casos anteriores y quienes lo conservarían, criterio contenido en sentencias C 789 de 2002, C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y finalmente, la sentencia SU 130 de 2013, pronunciamientos en que indicó:

“(...) Así las cosas, los sujetos del régimen de transición, tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional al cual desean afiliarse, pero la elección del régimen de ahorro individual o el trasladado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible, para el caso de quienes cumplen el requisito de edad, la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, para efectos de adquirir su derecho a la pensión de vejez, deberán necesariamente ajustarse a los parámetros establecidos en la Ley 100/93.

*“(...)“Bajo ese contexto, y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este tema, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que **únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición...**”*

En igual sentido, se ha pronunciado de manera reiterada la CSJ máximo órgano de la jurisdicción ordinaria el cual entre otras en la sentencia SL1309-2021 manifestó que:

“Ahora, si lo que se quiere es afirmar que la tesis del Tribunal es contraria a la sostenida por la jurisprudencia constitucional, debe precisarse que el criterio unificado y actual de la Corte Constitucional es que «únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición» (SU-130/2013); el cual se acompasa con el de esta Corporación vertido en las sentencias CSJ SL, 31 ene. 2007, rad. 27465, CSJ



SL, 10 ago. 2010, rad. 37174, CSJ SL, 23 oct. 2012 y, más recientemente, en la CSJ SL563-2013.

De igual forma, en la sentencia CSJ SL517-2018, se sostuvo:

Sobre la recuperación del régimen de transición, la doctrina jurisprudencial de esta Corporación ha enseñado que sólo hay lugar a ella por razón del tiempo de servicios, con quince (15) o más años de servicios cotizados a 1 de abril de 1994, número mínimo para el que hay que tener en cuenta tiempos de cotización o de servicios públicos. Así lo asentó en sentencia CSJ SL15489-2017, del 30 de agosto de 2017, rad.56650, en la que dijo:

El tribunal se equivoca en dicho planteamiento. El artículo 36 de la Ley 100, como uno de los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, exige «quince (15) o más años de servicios cotizados». Ese número mínimo bien puede abarcar tiempos de cotización o servicios públicos, pues lo determinante es que a 1 de abril de 1994, tengan 15 años de servicio o de cotización. Y por «régimen anterior al cual se encuentren afiliados», no puede entenderse uno preciso o específico hasta el punto de que pueda decirse que si un trabajador cotizó 15 años antes de la fecha citada como trabajador particular, la única posibilidad de que pueda pensionarse al amparo del citado precepto es con ese régimen particular al que venía afiliado; o de otro lado, si un trabajador laboró como servidor público, lo único a que puede aspirar es a una pensión del sector público. Inclusive, en este sector, como se conoce, había diversos regímenes, algunos de ellos especiales, por lo que tampoco resulta viable pensar que el beneficiario del régimen de transición solamente podía aspirar a la pensión del régimen anterior al cual estaba afiliado antes de la Ley 100 de 1993. Muchas han sido las decisiones de esta Corporación que han reconocido la posibilidad de que trabajadores beneficiarios del régimen de transición, puedan adquirir una pensión al amparo del Acuerdo 049 de 1990, la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988, según las condiciones propias de cada caso. Lo que importa, como ya se dijo, es que para ser beneficiario del citado régimen de transición, en cuanto al requisito de los 15 años, es que tenga esa densidad de años sin que sea necesario distinguir entre servicios públicos o privados.

Dicho criterio, también ha sido expuesto en las providencias CSJ SL1342-2018, CSJ SL15365-2017 y CSJ SL7195-2017, entre otras.

Tal línea de pensamiento, resulta plenamente aplicable al sub examine, dado que como quedó visto, el accionante en su calidad de afiliado al sistema de pensiones, en este caso al RAIS, cumple con creces el tiempo de cotizaciones al que alude la sentencia C-789 de 2002, lo que le da derecho a retornar, se itera, en cualquier tiempo a Colpensiones y recuperar el régimen de transición, en tanto que es un hecho indiscutido que cuenta con una densidad de 871,73 semanas al 1 de abril de 1994, lo cual es equivalente a un tiempo superior a 15 años de servicios cotizados, tal y como se desprende de la historia laboral obrante en el expediente (fs. 13 a 17), y también lo estableció la juez de primer grado, sin que exista controversia alguna sobre este particular.”

Sobre este punto, se observa que conforme historia laboral expedida por Colpensiones y la certificación electrónica de tiempos laborados CETIL de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda, la demandante al 30 de junio de 1995 fecha en que entró en vigencia el Sistema General de



Pensiones de los Servidores Públicos del Nivel Municipal y Departamental, había cotizado 15 años, 2 meses y 20 días, lo que determina que en efecto, con dicha densidad, cumplía el requisito de tiempo de servicios para retornar al RPMPD hoy administrado por Colpensiones en cualquier tiempo en los términos del criterio jurisprudencial en cita, recuperando así su calidad de beneficiaria del régimen de transición, pues en este caso, la actora acredita ambos requisitos, esto es edad y tiempo de servicios al 30 de junio de 1995, pues para esa data contaba con 35 años de edad y más de 15 años de servicios.

Señala la demandada Colpensiones en su recurso que el consentimiento de la actora no fue viciado al momento de su traslado al RAIS y que se encuentra dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 pues la falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse; al respecto, en la acción que se estudia, la actora peticiona su retorno al RPMPD, por satisfacer los requisitos de la sentencia SU – 062 y no invoca que su consentimiento sufrió vicio alguno al momento de trasladarse al RAIS, por lo que tal argumento, no es objeto de recibo, ni tampoco le es aplicable la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, como quiera que la jurisprudencia indica que puede trasladarse en cualquier tiempo por contar con 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior habrá de confirmarse la decisión proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-00712-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: EDELMIRA MORA JOYA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes y del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de noviembre del 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



La señora EDELMIRA MORA JOYA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el señor FABIO ELIAS GUERRERO BOHORQUEZ (q.e.p.d.) tiene derecho a recibir una pensión de invalidez a partir de la fecha en que se acredite la totalidad de requisitos para el reconocimiento de dicha prestación económica de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990; que es beneficiaria de la pensión que dejó causada el señor Guerrero Bohórquez; que se le indexe la primera mesada pensional de la pensión de invalidez. Como consecuencia, solicita se condene a COLPENSIONES a reconocer en favor del causante una pensión de invalidez a partir del 01 de junio del 2015 al 10 de septiembre del 2017; se le condene a reconocer a la demandante como beneficiaria del causante de la pensión de sobreviviente a partir del 10 de septiembre del 2017, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 3).

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que el causante nació el 15 de marzo de 1952; que realizó aportes a COLPENSIONES desde el día 24 de marzo de 1970 hasta el 31 de enero del 2011 de manera ininterrumpida acreditando un total de 680.71 semanas; que al 31 de marzo de 1994 había cotizado 565.01 semanas; que en la historia laboral del causante no se reflejan las cotizaciones por parte de sus empleadores OCHOA JAIME, CAMACHO MONTAÑO CARLOS, PINSKI Y ASOCIADOS S.A. y GEOTECNICAS PRETIZQUI LTDA; que COLPENSIONES emitió dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral del causante determinando un porcentaje de PCL del 45.73% de origen común y con fecha de estructuración del 01 de junio de 2015; que posteriormente fue calificado por COLPENSIONES con una PCL del 47.23% de origen común y con fecha de estructuración del 17 de diciembre del 2014; que es calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá con una PCL de 54.03% de origen común y con fecha de estructuración del 01 de junio del 2015; que solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, la cual le fue negada



mediante la Resolución GNR 39362 del 03 de febrero del 2017; que el causante presentó una acción constitucional la cual en segunda instancia le amparó sus derechos fundamentales y le ordenó a COLPENSIONES estudiar nuevamente la solicitud de reconocimiento pensional atendiendo los principios de la condición más beneficiosa; que contrajo matrimonio con el causante el 01 de diciembre de 1973, con quien convivió de manera ininterrumpida hasta la fecha del fallecimiento; que ocurrieron épocas en las que se separaban por lapso de meses teniendo en cuenta que el causante era de mal genio y en ocasiones se ponía insoportable; que en diciembre del año 2015 tuvo un fuerte altercado con el causante razón por la cual se separó durante más o menos 6 meses; que en el año 2016 evidenció los quebrantos de salud del causante por la que se devolvió a su casa con él; que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobreviviente sin obtener una respuesta favorable. (fls. 3 reverso a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, aceptó la primera pretensión y se opuso a las demás, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 20; manifestó no constarle el 2, 3, 4, 5, 24, 25, 26, 31, 32, 33 y 34; y negó los demás Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fls. 71 a 74).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la pensión de invalidez que le fue reconocida al señor FABIO ELIAS GUERRERO BOHORQUEZ (q.e.p.d.) mediante la Resolución SUB 214136 del 2 de octubre del 2017, debió cancelarse a partir del 1° de junio del año 2015, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el retroactivo pensional generado entre el 1° de junio del año 2015 y el 10 de septiembre del año 2017 con ocasión a la pensión de invalidez del que era beneficiario el señor FABIO ELIAS GUERRERO BOHORQUEZ deberá cancelarse a la masa sucesoral de éste.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora EDELMIRA MORA JOYA



la sustitución pensional, en su calidad de cónyuge supérstite del señor FABIO ELIAS GUERRERO BOHORQUEZ (q.e.p.d.), a partir del 10 de septiembre del 2017, en cuantía del salario mínimo legal vigente para cada anualidad, por 13 mesadas al año, con los reajustes legales e incrementos anuales y junto con el retroactivo pensional, el cual deberá ser indexado al momento en que se efectúe el pago, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: AUTORIZAR la demandada para que descuenta del retroactivo generado en favor de la señora EDELMIRA MORA JOYA el porcentaje que en derecho corresponde los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora EDELMIRA MORA JOYA” (CD fl. 66)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que respecto de la pensión de vejez tal y como lo reconoció Colpensiones a raíz del fallo de tutela el causante cumplió los requisitos para acceder a ella en virtud del principio de la condición más beneficiosa. Que el error de Colpensiones estuvo en reconocerla a corte de nómina cuando debió reconocerla desde el 01 de junio del 2015 data en la que se estructuró su estado de invalidez. Que la pensión se debe reconocer en cuantía de SMMLV como quiera que el causante siempre cotizó sobre el salario mínimo. Que el retroactivo deberá reconocerse con cargo a la masa sucesoral a quienes acrediten ser sus herederos. Que no proceden los intereses moratorios como quiera que la pensión fue reconocida en virtud del principio de la condición más beneficiosa. Que al ser beneficiario de una pensión de invalidez dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente de sus beneficiarios. Que al haber fallecido el 10 de septiembre del 2017 la normatividad aplicable es la Ley 797 del 2003. Que la demandante acreditó el vínculo matrimonial desde el año 1973; que procrearon 2 hijos hoy mayores de edad; y la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación solicitando se condene a los intereses moratorios tanto de la pensión de invalidez como de la de sobreviviente reconocida. Indica que la jurisprudencia ha sido clara al señalar que si bien se le reconoció la pensión de invalidez en virtud del principio de la condición más beneficiosa, lo cierto es que Colpensiones contaba con las herramientas para reconocerla correctamente. Que debido a la negligencia de



Colpensiones el causante no alcanzó a disfrutar de su pensión. Que Colpensiones incurrió en mora. Que pese a que ya había reconocido la pensión de invalidez no reconoció la pensión de sobreviviente. Que Colpensiones incurrió en mora al reconocerle la pensión de sobreviviente.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que es de gran relevancia en este proceso que los desacuerdos y disgustos transitorios de una pareja o la no cohabitación suponen una ruptura de la convivencia en los 5 anteriores al fallecimiento. Que se vio afectada la convivencia mínima al momento del fallecimiento del causante.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) si el causante Fabio Elías Guerrero Bohórquez tenía derecho a que se le reconociera su pensión de invalidez desde el 01 de junio del 2015; (ii) si se debe condenar al pago de intereses moratorios por la tardanza en el reconocimiento de las mesadas causadas entre el 01 de junio del 2015 al 10 de septiembre del 2017; (iii) si la señora Edelmira Mora Joya cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente deprecada en calidad de cónyuge supérstite y, en caso afirmativo; (iv) si se debe condenar al pago de intereses moratorios por la demora en el reconocimiento de la pensión de sobreviviente deprecada.

En este asunto, no existió discusión respecto que Colpensiones en cumplimiento a una orden de tutela reconoció al señor Fabio Elías Guerrero Bohórquez (q.e.p.d.) mediante la Resolución SUB 214136 del 02 de octubre del 2017 una pensión mensual vitalicia de invalidez a partir del **01 de octubre del 2017** en cuantía de un SMMLV, el cual para el año 2017 ascendía a la suma de \$737.717. Pensión que le fue reconocida dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa y usando el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (Ver Expediente administrativo CD fol. 77)



Tampoco se controvierte que mediante Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral N° 19192548-3254 del 18 de diciembre del 2015 el señor Fabio Elías Guerrero Bohórquez (q.e.p.d.) se le determinó una PCL del 54.03% con fecha de estructuración del 01 de junio del 2015. (Ver Expediente administrativo CD fol. 77)

De igual manera, quedó probado que el señor Fabio Elías Guerrero Bohórquez (q.e.p.d.) falleció el 10 de septiembre del 2017, conforme se verifica a folio 36 y que en vida, se unió en vínculo de matrimonio con la aquí demandante el 01 de diciembre de 1973 (fl. 58), sin que obre prueba de que dicho vínculo marital se haya disuelto previo al deceso del señor Fabio Elías.

Retroactivo pensión de invalidez post mortem

En el presente caso, la discusión se centra en determinar la fecha a partir de la cual se le debía reconocer al señor Fabio Elías la pensión de invalidez que le fue reconocida por Colpensiones mediante la Resolución SUB 214136 del 2017, a partir del **01 de octubre del 2017**.

Tal y como lo indica el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990 (normatividad que le fue aplicada por Colpensiones en virtud del fallo de tutela, lo cual no se controvierte en este proceso) la pensión de invalidez por riesgo común se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Criterio acogido por la CSJ órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria quien de manera reitera ha explicado entre otras en la sentencia SL 3447-2022 que la pensión de invalidez debe pagarse en forma retroactiva desde la fecha de estructuración indicando que *“La norma no expresa, ni sugiere una condición diferente al estado de invalidez, para proceder al reconocimiento pensional desde su consolidación.”*

Por lo anterior, es claro que acertó la falladora de primera instancia cuando condenó a Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo pensional generado entre el 01 de junio del 2015 (fecha en que se estructuró la



invalidez del causante) y el 10 de septiembre del 2017, lo cual deberá cancelarse a la masa sucesoral.

Intereses Moratorios pensión de invalidez

Sobre este punto y como quiera que la prestación se reconoce en aplicación del principio de condición más beneficiosa ha señalado la jurisprudencia que los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no resultan procedentes en aplicación de dicho principio y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL4905-2021 señalando que en los casos de aplicación del principio de la condición más beneficiosa no proceden los intereses moratorios dado que la pensión se otorga con fundamento en un cambio de jurisprudencial.

Por lo señalado en precedencia, acertó la falladora de primera instancia cuando negó el reconocimiento de los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas de la pensión de invalidez del señor Fabio Elías.

Prescripción

Este punto se estudia en consulta en favor de Colpensiones, encontrando acertada la Sala la decisión del *A quo* de declarar no probada la excepción de prescripción pues entre la fecha en que se le reconoció la pensión de invalidez al señor Fabio Elías -02 de octubre del 2017- y la radicación de la demanda – 08 de octubre del 2019- no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el artículo 141 del C. P. del T. y de la S.S.

En consecuencia, se confirmará lo relativo al retroactivo de la pensión de invalidez del señor Fabio Elías y la negativa de reconocer intereses moratorios.

Pensión de sobreviviente cónyuge supérstite

Pues bien, tal como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 2057-2022, la normatividad aplicable a efectos de



reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, que para el caso bajo estudio corresponde a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

La señora **Edelmira Mora Joya** solicita la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite.

Pues bien, al respecto es preciso indicar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece en su literal a), que son también beneficiarios de la pensión de sobreviviente:

“[...]

*a. En forma vitalicia, el **cónyuge** o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...**”*

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

En el presente caso, se encuentra probado que la señora Edelmira Mora Joya contrajo matrimonio con el causante el 01 de diciembre de 1973 como da cuenta el acta de matrimonio (fl. 58).



En cuanto a la convivencia que se debía probar en los 5 años anteriores al fallecimiento del señor Fabio Elías, esto es, entre el 10 de septiembre del 2012 al 10 de septiembre del 2017, encuentra la Sala, una vez revisadas las pruebas recaudadas, que le asiste razón al apoderado de Colpensiones al señalar que en esos 5 años la convivencia de la pareja no fue continua, pues nótese que es la misma demandante quien en los hechos de la demanda refiere que la convivencia fue de *“manera interrumpida”*, señalando que *“ocurrieron épocas en que se separaba del causante por el lapso de meses”*. Indicando que *“en diciembre del año 2015 tuvo un fuerte altercado con su esposo, razón por la cual se trasladó de domicilio a 15 minutos del domicilio anterior en donde vivían con su esposo FABIO ELIAS GERRERO (sic) BOHÓRQUEZ, separación que duró más o menos 6 meses”* y que en el año 2016 fue que se devolvió para su casa por los quebrantos de salud del causante.

Lo anterior, se corrobora con las declaraciones de los señores Elmer Euclides Mora Mogollón sobrino de la demandante y Euclides Mora Joya hermano de la demandante quienes manifestaron que tuvieron conocimiento de una separación corta entre la pareja sin especificar en que año se había dado esa separación, indicando que se volvieron a unir cuando el causante enfermó. Indicando los testigos que visitaban a la pareja muy poco e incluso el señor Euclides Mora señaló que al separarse el causante vivía en la casa de una de sus hermanas cerca a la demandante; por lo que es claro conforme lo indica el apoderado de Colpensiones que la pareja no mantuvo una convivencia estable en los 5 años anteriores al fallecimiento y como lo dice la misma demandante volvieron a convivir en el año 2016 y como quiera que el señor Fabio Elías falleció en el 2017 es claro que no logró probar la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento.

En consecuencia, no queda otro camino que revocar los numerales tercero y cuarto de la sentencia apelada para en su lugar absolver a Colpensiones de estas pretensiones.

Teniendo en cuenta las resultas de este punto de apelación se releva la Sala de estudiar la apelación presentado por la parte demandante en el que solicita



se condene al pago de intereses moratorios por la mora en el reconocimiento de la pensión de sobreviviente que había sido reconocida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero y cuarto de la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARO VOTO. En mi criterio la mal llamada "condición más beneficiosa", no aplica para pensiones de invalidez. Las normas que deben aplicar son las vigentes en la fecha que se estructura el estado y no otras.


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO
Salvo voto

SALVO VOTO porque no hay presupuesto para aplicar la condición más beneficiosa y aplicar plus ultractividad al reconocimiento aplicando una legislación anterior contenida en el acuerdo 049 de 1990

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 11-2019-822-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: FLOR MARÍA SÁNCHEZ

DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
ESE

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

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

ALEGATOS

Dentro del término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y demandada, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora FLOR MARÍA SÁNCHEZ por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre ella y la demandada desde el 15 de abril de 2005 al 21 de agosto de 2016, que ostentaba la categoría de trabajadora oficial, que laboraba en turnos rotativos de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., y

sábados medio día, que el hospital de Usme I Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., es responsable en el pago de las condenas impuestas; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se declare que la demandada debe pagar a su favor diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta y las pagadas a ella, conforme la denominación funcional de operario de servicios generales desde el 15 de abril de 2015 al 21 de agosto de 2016, trabajo suplementario, cesantías durante el tiempo laborado con la asignación salarial correspondiente al cargo de operario de servicios generales del Hospital de Usme I Nivel, interés a la cesantía, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, prima semestral, compensación en dinero de vacaciones, afiliación al sistema de seguridad social, devolución de retención en la fuente, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indemnización del artículo 1 Decreto 797 de 1949, indemnización artículo 99 Ley 50 de 1990, sanción moratoria por falta de pago de interés a la cesantía.

Peticiona se declare que durante el tiempo laborado para la demandada estuvo vinculada bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados de *arrendamiento de servicios* de carácter privado y *de prestación de servicios*, se declare que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo. (fl. 10 a 13)

Fundamentó sus pretensiones afirmando que laboró de manera constante e ininterrumpida para el Hospital de Usme I Nivel ESE hoy Subred integrada de servicios de Salud Sur, desde el 15 de abril de 2005 al 21 de agosto de 2016, que prestó sus servicios como operario de servicios generales en las instalaciones de dicho Hospital, habiendo sido vinculada a través de contratos de arrendamiento de servicios y prestación de servicios, devengando como salario la suma de \$940.000, el que le era consignado de manera mensual en su cuenta de Davivienda, que cumplía un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m., a 5:00 p.m., y sábados medio día, que sus jefes inmediatos eran Adriana Ramos, Sandra Sánchez y Raifer Hosme.

Que en vigencia de dichos contratos, se le exigía afiliarse como trabajadora independiente al sistema integral de seguridad social, adquirir una póliza de responsabilidad civil, que el Hospital le descontaba mensualmente retención en la fuente, que durante la vigencia de su vinculación, no le fueron pagadas

prestaciones sociales, vacaciones, que suscribió dichos contratos para conservar su trabajo, que recibía felicitaciones así como llamados de atención, como consecuencia de la prestación de su labor, que no podía delegar sus funciones, que tenía compañeros de trabajo que cumplieran sus mismas funciones y se encontraban vinculados directamente con el Hospital de Usme, recibiendo salario más alto, así como prestaciones legales y extralegales.

Afirma por último que el día 20 de agosto de 2019, presentó reclamación administrativa ante la demandada para el pago de obligaciones laborales, la que fue respondida mediante acto administrativo OJU-E-4572-2019 de septiembre de 2019 de forma negativa. (fl. 6 a 10)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 30, 31 y 33 y manifestó negar los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó ausencia de subordinación continuada e ininterrumpida, la pretendida subordinación que alega el demandante no es continua e ininterrumpida, supervisión del contrato y coordinación de las partes, las pretensiones del demandante exceden los reconocimientos que según los precedentes judiciales vigentes, deben reconocerse al contratista que acredite la existencia de existencia laboral, pagos efectuados en calidad de contratista. (fl. 106)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante y la demandada existieron 4 contratos laborales, en calidad de trabajadora oficial de la demandante en los siguientes términos: el primero de ellos, comprendido entre el 15 de abril de 2005 al 31 de marzo de 2006, el segundo contrato del 1 de marzo de 2007 al 31 de octubre del mismo año, el tercero entre el 1 de abril de 2010 al 31 de octubre del mismo año y el último entre el 1 de septiembre de 2012 al 30 de junio de 2016.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante.

TERCERO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción de prescripción. (...) (fl. 182)

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez: Es así que la Subred integrada de Servicios de Salud Sur ESE, fue creada de conformidad con lo previsto en el acuerdo 641 del año 2016 expedido por el Consejo de Bogotá creada como una entidad pública

descentralizada con categoría especial del orden Distrital, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, suscita la Secretaria de Salud de Bogotá, conforme a su vez al numeral quinto del artículo 195 de la ley 100 de 1993; se tiene entonces que las personas vinculadas a esa entidad tendrían el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales siguiendo las reglas del capítulo cuarto de la ley 10 de 1990; de tal suerte por regla general son empleados públicos salvo quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en las mismas instituciones, los que para los efectos serán entonces trabajadores oficiales en tal sentido entonces valga la pena precisar que las funciones desempeñadas por la aquí demandante Flor María Sánchez Rodríguez; aseo general en paredes en zona de hospitalización, en la zona de urgencias, en la zona de la morgue, la farmacia, en la zona de estadística en la caja y de conformidad con las demás funciones indicadas en el manual específico de funciones y competencias laborales del hospital Meissen Segundo Nivel folio 94, 95 eran las propias de los auxiliares de servicios generales o los operarios generales de servicios generales cuyo cargo de conformidad con los hechos sustento la demanda de documentación obrante en el plenario, se evidencia que eran desarrollados por la aquí demandante es por lo tanto que este despacho judicial encuentra que las mismas se alejan de manera latente de las labores administrativas o cargo directivo al interior de la sociedad; por el contrario las mismas se enmarcan dentro de los servicios generales pues tuvieron como objeto a juicio del despacho unas tareas de simple ejecución encaminadas a satisfacer las necesidades de la entidad demandada, tales como el apoyo de las actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales en la institución por lo tanto, se estaría respecto de un trabajador oficial y no un empleado público de donde se ratifica la competencia jurisdiccional por parte de este despacho judicial.

Habiendo superado entonces lo anterior tanto la reclamación administrativa como la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la naturaleza de los servicios prestados por la aquí demandante Sánchez Rodríguez, procede entonces el despacho a adentrarse en el punto neurálgico a resolver a través de esta sentencia que no es el otro, si estamos respecto o no en una relación laboral iniciando el pronunciamiento respecto a los contratos de servicios y prestación de servicios; al respecto es preciso notar que si bien en el escrito de contestación de la demanda la accionada indicó que lo que se suscribieron fueron contratos de prestación de servicios; precisado lo anterior, el despacho en aras de establecer con plena certeza la naturaleza de la vinculación de la demandante con la convocada a juicio, encuentra que en efecto las pruebas obrantes en el acervo probatorio se tiene que entre la ciudadana Flor María Sánchez Rodríguez y la empresa Social del Estado Hospital de Usme 2 segundo nivel hoy Subred ESE Sur, se suscribieron diferentes contratos de prestación de servicios pues de ello da de cuenta la documental arrojada por la parte demandante tales como las órdenes de suministro que dan cuenta entre los folios 59 y hasta el folio 72 de órdenes de suministro de servicios, primero numerado como el número 244, suscrito el 1 de marzo del año 2017 y otrosí número 2 del 1 septiembre del año 2013 a folio 72, asimismo del acervo probatorio en el plenario y que es analizado en aras dilucidar el objeto de Litis, se tiene la documental allegada por la parte demandada mediante medios Magnéticos folio 150 y 151 tales como órdenes de prestación de servicios, cuentas de cobro, formatos de contratos de prestación de servicios y certificaciones, de esta manera que para este despacho no exista discusión respecto a la circunstancia, en primera medida de la prestación personal del servicio de la demandante primero a favor de la ESE Hospital Usme I Nivel, en virtud de ciertos contratos de prestación de servicios por lo tanto, debemos remitirnos nuevamente a la premisa normativa la cual no es otra que el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1933, norma conforme a la cual, el contrato de prestación de servicio se circunscribe a la actividad humana que la persona natural se obliga a ejecutar en favor del ente público pues no puede realizarse bajo la continuada dependencia subordinación de este último toda vez que la administración no está negado autorizar para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo, habida cuenta que de crearse un acto semejante por su mutación, en ese sentido se ingresa en el campo de un típico contrato administrativo y la legalidad de la correspondiente actuación o para la práctica administrativa sin perjuicio los derechos y garantías del trabajo que aún bajo este supuesto hayan podido realizarse, del contrato realidad entonces es el querer de la demandante desde el libelo introductorio Flor María Sánchez Rodríguez se declare que la relación jurídica que la ato con la Subred Integrada de Servicios de Salud sur Empresa Social del Estado estuvo regida por un contrato de trabajo vigente entre el 15 de abril del año 2005 y el 21 de agosto del año 2016.

A fin de definir tal cuestión resulta forzoso remitirnos a la premisa normativa que regula los contratos de trabajo y elementos del mismo respecto del trabajador oficial como lo son

el artículo 1 de la ley 6 de 1945 y su decreto reglamentario reto 2127 de 1945 en donde dispone la definición de contrato de trabajo, los elementos constitutivos del mismo que son muy similares a los del artículo 23 del CST; la actividad personal, la dependencia y un salario como retribución, de la norma en cita entonces es fácil colegir que los trabajadores oficiales se encuentran amparados a sí mismo por el contrato realidad, por el principio de carácter constitucional señalado en el artículo 53 de nuestra Carta superior, lo que necesariamente conduce a la necesidad de verificar si en la vinculación de prestación de servicios de la actora se presentaron o no los elementos constitutivos del contrato de trabajo y que se encuentran determinados en la norma previamente señalada, máxime para determinar si fuera a su favor la presunción legal pero fue mediante un contrato de trabajo pues la labor en su favor se genera dicha presunción de la labor que desarrolló, en definitiva se encuentra ligada al sostenimiento y mantenimiento de la infraestructura física de la entidad al ejecutar labores relacionadas directamente con el aseo y mantenimiento de las instalaciones hospitalarias, situaciones esta que en definitiva permiten inferir al naturaleza propia del cargo.

Habiendo entonces establecido lo anterior y conforme el caudal probatorio obrante en el plenario se permite este despacho indicar de manera anticipada que dentro del caso a tomar la accionada no cumplió de manera fehaciente la carga probatoria que le asistía en tanto no logró desvirtuar los elementos integrantes constitutivos del contrato de trabajo, así como tampoco logró desvirtuar que los contratos de prestación de servicios se desarrollaran bajo esta naturaleza contractual y conforme lo establece la ley, por lo anterior es preciso poner de presente la prueba declaratoria traída a juicio la cual se refiere al testimonio brindado por la ciudadana Sandra Patricia Pico Piñeros en la cual declaró al despacho que conoció a la demandante desde el año 2009, que laboraban para el Hospital de Usme hasta agosto del año 2016, que desempeñaron funciones propias como fueron las de limpieza y desinfección de todas las áreas del hospital asimismo que el horario laboral era impuesto por los supervisores del Hospital de Usme y era comprendido entre las 7:00 A.M a las 5 pm de lunes a sábado, que cuando el servicio se prestaba para un cambio laboral cambiaba de 7am a las 7 pm de domingo a domingo, también señaló al despacho que por lo general cada mes eran trasladadas o de quedar en el mismo lugar que se le avisaba antes de forma escrita o verbal por intermedio de su coordinadora, quedando consignada en una minuta de trabajo, señaló también que los pagos se generaban por medio de Davivienda cada mes, sin embargo el costo de los uniformes dependía de cada una de las trabajadoras, que dicho carnet fue entregado por esta entidad; a partir de dicha declaración entonces encuentra el despacho que en efecto cuenta con total credibilidad y coherencia toda vez que es una testigo presencial y da cuenta de los hechos de las pretensiones de la demanda, así mismo se cuenta con los diversos contratos de prestación de servicios, cuentas de cobro, certificaciones expedidas por la pasiva de donde se logra precisar el tiempo durante el cual el aquí demandante Sánchez Rodríguez prestó sus servicios bajo tal denominación los cuales dan cuentan a su vez de las labores ejecutadas como fue la de auxiliar de servicios generales los cuales se precisan a los siguientes medios magnéticos, pruebas contenidas en folio 150, 151 orden de suministros ya señalados los contratos de prestación de servicios, el manual específico de funciones y competencias laborales folios 94 a 95, certificación expedida por el director operativo de la dirección de gestión de talento humano de la Subred de Servicios de Salud folio 16, entonces de toda esta documental tanto testimonial como documental se logra concluir que en definitiva la promotora de la acción Flor María Sánchez, estuvo sujeta a la prestación personal de su servicio como contratista al cumplimiento de órdenes de la accionada pues no existió prueba alguna que desvirtuara de manera clara e idónea que dicha labor no fuera desarrollada de manera subordinada, por el contrario por la naturaleza propia de las labores desempeñadas y teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad para este despacho resulta claro que sus labores no fueron desarrolladas con total independencia así como la existencia de la obligatoriedad de la portación de un uniforme y un carnet tal como se logró extraer de la prueba declarativa, estas últimas que en momento alguno pueden confundirse con meras instrucciones por la sencilla razón de la independencia inherente a los contratos de prestación de servicios lo cual se han en la habitualidad de las funciones propias del cargo por aquí de la demandante desempeñadas como lo son; auxiliar de servicios generales u operaria de servicios generales, adicionalmente es del caso recalcar que en definitiva la contratación del demandante no tuvo por objeto cubrir necesidades temporales de hospital ya que aun cuando los contratos de prestación de servicio fueron celebrados a un plazo determinado, lo cierto es que surge que esta labor fue habitual si bien es cierto tuvo temporal estas interrupciones fueron mínimas entre contrato y contrato.

Así las cosas como quiera que se controvierte en este proceso no es la forma de vinculación de la demandante lo que evidentemente lo fue mediante contratos de prestación de

servicios habrá de declararse que durante el desarrollo de estos se encuentra el elemento de subordinación hacen que en realidad se pueda estar respecto a un contrato de trabajo de la aquí demandante Flor María Sánchez dependiente con la demandada en calidad de trabajadora oficial en consecuencia entonces procede el despacho a estudiar las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

De la existencia de un único contrato de trabajo comprendido entre el 15 de abril del año 2005 hasta el 21 de agosto de 2016, al respecto resulta necesario realizar un análisis exhaustivo de los elementos temporales del contrato de trabajo toda vez que la parte actora desde el libelo introductorio aduce la existencia de una única relación laboral entre el 15 de abril del año 2005 y hasta el 21 de agosto de 2016, no obstante la accionada como pilar de defensa en su escrito de contestación señaló que si bien existieron varios contratos de prestación de servicios los mismos no se desarrollaron de una manera ininterrumpida así como tampoco que el último de ellos feneció el 21 de agosto; pues señalo que el último contrato de prestación de servicios data del 30 de junio de 2016 es así que para efectos de discernir correspondiente es menester por parte del despacho realizar un análisis integral de las pruebas traídas a juicio por la promotora de la acción como por la accionada, es así que se cuentan con las documentales allegadas por la demandante sonde se tiene que allego un total de 8 documentos que dan cuenta de los contratos suscritos con la demandada en los siguientes términos;

Se hace necesario señalar los mismos, orden de suministro # 244 suscrito el 1 de marzo de 2007, folio 59 a 60, orden de prestación de servicios # 2061 suscrita el 30 de agosto del año 2007, folio 61 a 62, orden de prestación de servicios 2437 suscrita el 5 de marzo del año 2007 folio 63 a 64, formato de contrato de prestación de servicios # 1401 del año 2010 folio 65 a 66, formato de orden de prestación de servicios # 82 del 1 de febrero de 2012 folio 67 a 69, contrato de prestación de servicios # 3480 del 1 de septiembre del 2012 folio 70, contrato de prestación de servicio # 332 del 2 de enero del año 2013 folio 71, es así que de ellos precisa el despacho lo siguiente: en primer lugar que dicha documental no permite establecer ni el extremo inicial ni el final deprecado por la actora desde el libelo introductorio y en segunda medida se observa que dichos contratos de trabajo de prestación de servicios no permiten establecer de manera clara la no interrupción entre uno y otro; situación frente a la cual llama poderosamente la atención de este despacho en tanto vale la pena resaltar lo que corresponde a la parte actora cumplir con la carga de la prueba con efectos de sacar adelante de lo pretendido de conformidad con el precedente jurisprudencial emitido por el órgano de cierre de esta jurisdicción con el precedente normativo de orden procesal señalado en el Art 167 del CGP, no obstante lo anterior procederá el despacho a remitirse a las pruebas allegadas por la accionada que dan cuenta de la existencia de los contratos de servicio, cuentas de cobro, certificaciones y además de documentales que dan cuenta de la suscripción de dichos contratos de trabajo, esto, a efectos de cotejar los interregnos en los cuales estuvo vinculada la aquí demandante Sánchez Rodríguez para lo cual se tomó lo visible a folios 150 y 151 que permiten inferir las siguientes suscripciones de contrato; Así pues encuentra el despacho que dicha documental se arriba la conclusión que existieron un total de 48 contratos de prestación de servicios de los cuales se aclara los interregnos continuados e interrumpidos en los siguientes términos: del 15 de abril del año 2005 al 31 de marzo de 2006, del 1 marzo del año 2007 al 31 de octubre del 2007, del 1 de abril del año 2010 al 31 de octubre del año 2010, del 1 de septiembre 2012 y hasta el 30 de junio 2016.

Así pues una vez revisada de manera detallada ya por parte de este despacho se concluye sin lugar a mayores elucubraciones que las diferencias temporales y de conformidad con la documental obrante en el plenario allegada la parte demandante tanto por la parte demandada y de la testimonial que hay lugar a declarar la existencia de cuatro contratos de trabajo, adicionalmente resulta menester aclarar que si bien es cierto con el escrito de la demanda a la actora indicó que la finalización del contrato fue tan solo hasta el 21 de agosto del año 2016, no es menos cierto que dentro del plenario no obre prueba alguna que permita inferir dicha situación, toda vez que lo único que se encontró fueron unas cuentas de cobro del último contrato y una certificación que permite concluir que la relación feneció el 30 de junio del año 2016 documentales vistas estás dentro del medio magnético visible a folio 150.

Así las cosas se concluye que en efecto están ante la existencia de 4 contratos de trabajo cuyos extremos temporales fueron los siguientes; el primero de ellos, del 15 de abril del año 2005 al 31 de marzo del año 2006, un segundo contrato comprendido desde el 1 de marzo del año 2007 hasta el 31 de octubre de esa misma anualidad, un tercer contrato del 1 de abril del año 2010 al 31 de octubre de esa misma calenda y un último contrato

desde el 1 de septiembre del 2012 al 30 de junio de 2016, habiendo entonces establecido lo anterior, los 4 contratos de trabajo pues es necesario en primera medida y previo a adentrarnos a estudiar el reconocimiento y cada uno de los derechos que se desprenden de la declaración de estos contratos referirse a la excepción de prescripción.

Es así que se deberá ser declarada la existencia en los contratos de trabajo conforme a las consideraciones antes planteadas, en cuanto a la prescripción se tiene que esta fue propuesta por el carácter de previa como se dijo en precedencia, no obstante el estudio quedó dirimido al momento de emitir la sentencia, precisado lo anterior puntualiza entonces el despacho que dentro del caso que nos ocupa quedo plenamente demostrado que la finalización del último contrato de conformidad con la documental señalada se dio el 30 de junio del año 2016 a su vez se tiene que la reclamación administrativa visible a folio 41 a 47 tan solo fue presentada el 20 de agosto del año 2019 cuando la parte actora lo radicó dicho documento, cuenta con recibido por parte de la accionada la misma data; así pues realizado un análisis respectivo se evidenció que en efecto operó el fenómeno jurídico la prescripción, como quiera que la reclamación administrativa no fue presentada entre los 3 años siguientes a la finalización de la última relación laboral sino por fuera de dicho término trienal, término trienal dispuesto en el artículo 488 del CST como el artículo 151 del CPTSS, así como respecto las demás relaciones laborales fueron en precedencia de ahí que para este despacho no exista duda tal situación esto aunado al hecho que la demanda fue presentada hasta el 10 de diciembre del año 2019.

Así las cosas encuentra este despacho probado los hechos sustentó la excepción de prescripción sustentado por la llamada a juicio, lo cual trae como consecuencia que no hay lugar a fulminar condena alguna respecto de los derechos y emolumentos de orden laboral deprecados por la actora al encontrarse prescritos en atención al haberse probado el sustento de la excepción de prescripción, de la afiliación patronal de la obligación a efectuar el pago de las cotizaciones durante todo el tiempo laborado a favor de la demandante al sistema de Seguridad Social en salud, pensiones ,riesgos laborales y caja de compensación laboral, esta pretensión de la misma manera no tiene visos de prosperidad como quiera que tanto la afiliación del sistema general de Seguridad Social y los aportes fueron generados en ocasión a la misma se causaron y sufragaron por la aquí demandante cumpliendo con la finalidad para cada riesgo, por lo que no se encuentra por la razón de ser de realizar una nueva afiliación al sistema lo que independientemente haya sido realizada por el trabajador dichas cotizaciones gozan de total validez; ahora bien esto lo que tiene que ver con pensión, frente a la afiliación a riesgos laborales, salud y caja compensación las cotizaciones se efectuaban con ocasión al servicio prestado para cubrir las contingencias que se presentaban durante la ejecución del contrato es decir verbigracia para cubrir un eventual riesgo o un siniestro, riesgo que se daba con ocasión a un siniestro ya fuera por enfermedad o accidente de trabajo bien sea de origen común o de origen laboral o el disfrute de un beneficio familiar que pueda suceder durante la prestación del servicio y a futuro, de ahí que no sea viable acceder a los términos solicitados caso distinto hubiera sido si en el nivel introductorio se hubiera petitionado la devolución de los aportes que sufragó sobre todo al sistema general de seguridad social en pensiones, lo que la parte demandante no llevó a cabo.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte demandante:

En esta oportunidad debo interponer apelación a la decisión de manera parcial, la parte actora está conforme indudablemente en que el despacho determinó que la demandante sería o es catalogada como trabajadora oficial situación está que estoy totalmente de acuerdo y le pido tribunal la mantenga.

Conforme al principio de consonancia que rige en materia laboral debo manifestarle al Tribunal Superior que desate el recurso de apelación el cual sustentó de la siguiente manera; la demandante probó que existió un único vínculo de carácter laboral que tiene su inicio como se indica en la demanda el 15 de abril del año 2005 y feneció el 21 de agosto del año 2016 esos son los extremos de la relación laboral que debe el tribunal declarar y por qué razón, no solamente las pruebas de carácter documental así lo acreditan un único vínculo laboral sino que además hay indicios, pruebas de carácter testimonial y todas aquellas que se presentaron no solamente por la parte demandante sino por la parte demandada que dan cuenta de ello, como punto principal de mi apelación debo manifestar señor juez con el debido respeto y honorables magistrados que

precisamente en la parte considerativa de la sentencia usted manifestó que los trabajadores oficiales tienen o hay una similitud con relación al contrato de trabajo con el CST que se aplica a los trabajadores particulares, al haberse declarado a la demandante como trabajadora oficial por haber ejecutado funciones de aseo que pertenecen a el área de servicios generales le da entonces o el deber era del señor juez aplicarle la legislación que para tal efecto tienen esta clase de servidores públicos y aquí es donde se conduce el recurrente porque en los alegatos de conclusión yo lo dije claramente se lo expliqué, traje a colación sentencias del máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria que deben aplicarse y deben aplicarse porque como lo digo es el máximo tribunal y que da las pautas la doctrina y la jurisprudencia que los jueces de la República deben tener muy en cuenta y aquí el aquo no lo hizo, no sé si por rebeldía o porque se le pasó o tuvo un lapsus calami, no entiendo y no lo entiendo porque al ser catalogado trabajador oficial la demandante se le deben aplicar las normas para esta clase de servidores públicos, entonces traigo a colación señor juez que se lo dije en los alegatos de conclusión y lo repito de manera respetuosa que la sentencia emanada el día 20 de mayo del 2015 Magistrada ponente Elsi Pilar Cuéllar Calderón para un caso similar indicó lo siguiente; en esa sentencia trajo a colación la decisión con el radicado SL 9641 del año 2014 donde en esa decisión se recordó que la prescripción de los trabajadores oficiales debe iniciarse a contabilizarse una vez cumplidos los 90 días con que cuenta la administración para resolver sobre las reclamaciones, es decir mi representada tenía o tiene porque así la ley lo determina 90 días para que pueda la administración poder pagar las prestaciones sociales que se reclaman, dicha decisión indica: “según lo planteado en el cargo corresponde a la Corte Suprema de Justicia determinar el día inicial, días a quo para comenzar a contabilizar el término de prescripción de las acciones de los trabajadores oficiales cuando la relación laboral ha fenecido, el parágrafo segundo del artículo 1 del decreto 797 de 1949 en la parte pertinente estatuye: Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme el artículo 4 de este decreto solo se consideran suspendidas hasta por un término de 90 días a partir de la fecha en que se haga efectivo el retiro del trabajador o entidad respectiva deberá efectuar la liquidación y el pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeudan a dicho trabajador. Si transcurrido término de 90 días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubiera puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se aluden o no se hubiera efectuado el depósito ante o autoridad competente los contratos de trabajo recobran toda su vigencia en los términos de la ley; nótese que el precepto de precedencia consagra un período de gracia al 90 días en favor del deudor, administración pública ella cuenta una vez terminado el vínculo jurídico laboral con el trabajo de oficial para liquidar y pagar las acreencias laborales de este es decir en palabras del artículo 1551 del Código Civil dicho plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación pero antes de avanzar con el análisis propuesto dice la Corte aquí y ahora bien vale la pena recordar las enseñanzas expuestas por esta Sala en la sentencia de 14 de marzo SCJ SL 3169 del año 2014 radicado 44069, en torno a que los plazos de los términos prescriptivos empiezan a correr como lo dice expresa, explícita la ley desde cuándo las obligaciones se hacen exigibles, por ejemplo artículo 41 del decreto 3135 del código 168, 102 decreto reglamentario 1848 de 1969, 488 del CST y el 151 del CPTSS y la exigencia de las obligaciones se predica desde cuando estando sometidas a plazo o condición termina que o se cumple esta, es decir desde cuando sean puras y simples continúa la Corte diciendo lo siguiente; Así pues y a no dudar también resulta provechoso traer a colación el principio consagrado en el artículo 1553 del Código Civil según el cual quien tiene plazo nada debe, es decir que durante los 90 días de gracia que la ley le otorga la administración pública para cumplir con sus obligaciones laborales plazo que valga decir constituye un hecho futuro determinado y cierto, constituye un hecho futuro determinado y cierto la cancelación de éstas no puede exigirse y por tanto el acreedor no puede echar mano de su derecho de crédito, esto es se suspende su ejercicio salvo claro está en los casos en los que se presente la doctrina a denominado decadencia del beneficio, entonces como ya se dijo venció el plazo de 90 días, la obligación se hace exigible precisamente porque es verificado que está muta su naturaleza una obligación pura y simple y a partir de allí el trabajador ya puede hacer uso del derecho de acción consagrado en la Constitución y la ley puesto que el empleador oficial a partir de ese momento constituyó en mora. Como síntesis se tiene que el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción sólo se presenta transcurridos los 90 días siguientes a la terminación del contrato de trabajo, a partir del día 91 no antes, puestas así las cosas

en la anterior dimensión emerge que la sala sentenciadora incurrió en él dislate que la impugnadora le achaca, en cuanto consideró que el término de prescripción de las acciones laborales de los trabajadores oficiales empieza a contabilizarse a partir de la Data en la que la relación laboral se extingue toda vez que deberá partir del día 91 de la finalización del contrato de trabajo”.

Entonces honorable magistrados, señor Juez es claro que la demandante pudo con este recurso de apelación derruir el argumento principal que negó las pretensiones de la demanda y que mi representada en gracia de discusión claro está que haya laborado como lo determinó el juez, el a quo que es de primera instancia que laboro hasta el 30 de junio del año 2016, la reclamación presentó el 20 de agosto del año 2009 es decir que tan solo transcurrieron de los 90 días dados por la ley solamente transcurrieron, curso de cómo lo digo para que este tribunal se sirva revocar la decisión y en esa medida conceda las pretensiones de la demanda, entonces se tiene señor juez, honorables magistrados que la reclamación administrativa, el agotamiento se dio el 20 de agosto del año 2019 y sí cómo lo indica la propia entidad laboró hasta el 30 de junio los 90 días, el 1 de octubre se vencería los 90 días es decir que si lo presentó en septiembre del 2019 estaba en todo su derecho de reclamar las prestaciones sociales porque no estaban prescritas, por último con relación a la decisión sobre el despacho pues pido obviamente que se revoque la condena en costas, segundo lugar pido al tribunal que en gracia a discusión no se tome el extremo temporal de financiación de la relación laboral el 21 de agosto de 2016, entonces de manera subsidiaria pido que lo tomé al 30 de junio del año 2016 que en ultimas tampoco estaría prescrito en los derechos de mi representada. Pido que se revoque la decisión porque no existe la prescripción, en segundo lugar, las diferencias salariales se le paguen a mi representada porque hay prueba de que el mismo cargo que ostentó mi representada le era cancelado para el año 2016 la suma de 1.188.203 pesos eso le pagaban a una operadora de servicios generales, es decir que deben liquidar las condenas con ese valor, es decir la propia entidad aporta una certificación que aporta la parte demandante, prueba documental que no ha sido tachada de falsa, diferencias salariales; se le paguen todas las prestaciones sociales que devengan los trabajadores oficiales, la convención colectiva de trabajo aportada al proceso se le debe reconocer, igualmente prima de antigüedad, en la certificación laboral se le pagan a esa clase de servidores públicos, prima semestral, prima de vacaciones, compensación de dinero en las vacaciones, beneficio por servicios prestados y las que indique, prima de navidad se le debe conceder a mi representada, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, todos los beneficios convencionales y se condene en costas a la parte demandada.

Con relación a la seguridad social integral, son derechos que son imprescriptibles, si el tribunal determina que existieron dos o más contratos de trabajo debe cancelarse a mi representada las diferencias, el cálculo actuarial y consignarle al fondo de pensión lo correspondiente, en cuanto a salud la demandante pago el 100% de dichas cotizaciones y estimo que se le debe devolver lo pagado de más porque al declararse trabajadora oficial ella no tenía la obligación de pagar el 100%, aquí quedo al descubierto que existió una relación de índole laboral y así lo determino el juez y por ello es beneficiaria de todos los beneficios de carácter legal.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados por la parte demandante que se aviene a la declaratoria de existencia de un único contrato laboral y el término prescriptivo, así como lo referente a aportes con destino al sistema de seguridad social en salud y pensión.

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la determinada calidad de trabajadora oficial de la demandante durante la prestación personal del

servicio a favor de la demandada que también quedó suficientemente probada.

Determinado lo anterior y respecto al primer punto de reproche, se tiene que revisado el caudal probatorio allegado por las partes, contentivo de contratos y órdenes de suministro de servicios, así como las prórrogas a estos, suscritos entre las partes, se tiene que como bien lo adujo el juez de primer grado, estos ascienden a un total de 48 documentales que permiten concluir que contrario a lo manifestado por el recurrente, no existió una única relación laboral, ya que se evidencia que dicha relación laboral no sufrió solución de continuidad, pues la documental en comento permite arribar a igual conclusión que la decisión de primer grado, esto es, la existencia de continuidad en 4 interregnos temporales que corresponden el primero entre el 15 de abril de 2005 al 31 de marzo de 2006, el segundo del 1 marzo del año 2007 al 31 de octubre del 2007, el tercero del 1 de abril del año 2010 al 31 de octubre del año 2010, y el último entre el 1 de septiembre 2012 y hasta el 30 de junio 2016.

Así las cosas, es claro que no es posible declarar la existencia de una única relación laboral como se depreca, ya que no se demostró prestación del servicio por parte de la demandante para los años 2008, 2009 y 2011. Lo propio ocurre con el extremo final de la última relación laboral declarada, ya que nada lleva a concluir que estuvo vigente hasta agosto de 2016 como lo señala la parte demandante, contrario sensu, se probó que el contrato 245 de 2016, tuvo 2 prórrogas, la primera, hasta el 15 de junio de 2016 y la segunda hasta el 30 de junio de 2016, como también obra cuenta de cobro por los servicios prestados hasta dicha data y ningún otro medio probatorio hay que permita concluir que la prestación del servicio de la demandante se prorrogó con posterioridad a dicha data.

Prescripción

En cuanto al fenómeno prescriptivo, contrario a lo señalado por el recurrente, actualmente la Sala Laboral de la CSJ, ha señalado que el término prescriptivo para el cómputo del término bajo estudio frente a los trabajadores oficiales, es el previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 que indica como tal, un término de 3 años a partir de que la obligación se haga exigible y la exigibilidad de la

misma, contrario a lo señalado por el recurrente también en alegaciones, es la **fecha de finalización** de la relación laboral, cómputo que ha sido realizado de dicha forma por la Corporación de cierre en mención, entre otras, en reciente sentencia SL1174 de 2022, de tal manera, al respecto no hay lugar a variar la decisión, pues contabilizado el fenómeno bajo estudio en la forma indicada, se arriba a igual conclusión que la decisión de primer grado.

Pago aportes pensionales y en salud

Como bien indica el recurrente, el pago de aportes pensionales se torna imprescriptible, no obstante, en el presente desde el escrito de demanda se puso de presente que el pago de tales aportes fue realizado por la aquí demandante como requerimiento para la celebración de los contratos de prestación de servicios, aunado a ello, con la historia laboral expedida por Porvenir y que allegara la misma parte actora a folios 73 y s.s., se determina que en efecto durante la vigencia de lo contratos, se realizaron los aportes con destino al sistema pensional.

De lo anterior se concluye que en el presente habría lugar a una eventual devolución de lo pagado por este concepto, no obstante, tales sumas que se itera no constituyen en sí los aportes pensionales, pues estos ya fueron sufragados, sí se encuentran sujetos al término prescriptivo y lo propio ocurre con los aportes destinados al sistema de seguridad social en salud, por lo que tal argumento, no sale avante, debiéndose **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida conforme la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO. Aunque en el pasado he dicho que las controversias sobre la existencia de un contrato de trabajo, se deben desatar en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en este caso y según lo informa el proyecto que suscribo, tal materia no fue objeto de controversia.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

Salvo voto

SALVAMENTO DE VOTO :En razon a que la demandante celebros sucesivos contratos de prestacion de servicios y la demandada es un establecimiento publico razon por la cual tanto por el factor subjetivo como el funcional le dan la competencia a la jurisdiccion contenciosa de conformidad con lo establecido en lpor la corte constitucional en los autos A389-2021 yA794-2021 y los autos AL4122-2022 y AL5049-2022 de la Corte suprema de justicia



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

PROCESO EJECUTIVO No. 34-2019-00331-01
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO
DEMANDANTE: BOLÍVAR ANDRÉS BERNAL TORO
DEMANDADO: BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión y los alegatos presentados por la parte demandada, se procede a dictar la siguiente providencia:

ANTECEDENTES

El señor BOLÍVAR ANDRÉS BERNAL TORO instauró proceso especial de fuero sindical – Acción de Reintegro en contra del BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. (fls. 69 y s.s. archivo “01.1 11001310503420190033100 (fls. 1 a 238)”) en el cual el Juzgado de Primera Instancia en audiencia del 02 de mayo del 2018 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda (fls. 269 y s.s. archivo “01.1 11001310503420190033100 (fls. 1 a 238)”); decisión que fue revocada por esta Corporación el 16 de mayo del 2018 y, en su lugar, se CONDENÓ a la demandada BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. a reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual jerarquía; condenó a la demandada a pagar los salarios dejados de percibir, las prestaciones compatibles con el reintegro, incluidos los aportes a seguridad social desde el despido y hasta que se dé el reintegro a título de indemnización y declarando para todos los efectos que no existió solución de continuidad y finalmente, autorizó el descuento de lo pagado por indemnización por despido



sin justa causa. (fls. 279 y s.s. archivo “01.1 11001310503420190033100 (fls. 1 a 238)”)

A continuación del proceso especial de fuero sindical, el accionante solicitó se iniciará la ejecución de la sentencia, por lo que mediante auto del 19 de junio del 2019 el *A quo* libró mandamiento de pago y ordenó al BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA a pagar las siguientes sumas de dinero:

- a) Por concepto de salarios, prestaciones compatibles y aportes a seguridad social causadas desde la fecha del despido y hasta cuando se haga el reintegro efectivo.
- b) Por las costas y agencias en derecho de la primera instancia la suma de \$2'343.726.
- c) Por las costas de la presente ejecución. (fls. 313 y s.s. archivo “01.1 11001310503420190033100 (fls. 1 a 238)”)

En memorial del 28 de junio del 2019 el apoderado de la ejecutada presentó excepciones contra el mandamiento de pago. Señaló que presentaba las excepciones de pago total, cobro de lo no debido y buena fe de la demandada. Indicó que para dar cumplimiento a la decisión judicial reintegró al trabajador el día 01 de marzo del 2019; canceló la suma de \$186'515.526 descontando la suma autorizada por el Despacho de \$79'871.986 y la retención en la fuente por valor de \$15'996.531 y, que adicionalmente canceló la suma de \$2'363.126 por concepto de costas y agencias en derecho. (fls. 315 y s.s. (fls. 313 y s.s. archivo “01.1 11001310503420190033100 (fls. 1 a 238)”)

En auto del 14 de noviembre del 2020 se corrió traslado de las excepciones propuestas. (fl. 323 archivo “01.1 11001310503420190033100 (fls. 1 a 238)”)

En memorial del 31 de enero del 2020 la apoderada del ejecutante describió el traslado de las excepciones señalando que conforme la sentencia que sirve de base para la ejecución la empresa no estaba autorizada para descontar ninguna suma de dinero por concepto de retención en la fuente y que la



ejecutada le cobró dos veces la retención en la fuente y a una tasa que no correspondía pues se debió aplicar el 12.57% no el 20%. Que no se debía aplicar la retención en la fuente porque ésta ya se había aplicado en el momento en que había sido despedido. Señala que al momento en que fue radicada la solicitud de ejecución no había dado cumplimiento a la orden de reintegro y pago que le habían sido impuestas al banco ejecutado, lo que genera una condena en costas en contra del ejecutado. Afirmó que hacían falta por liquidar las vacaciones. (fls. 324 y s.s. archivo “01.1 11001310503420190033100 (fls. 1 a 238)”)

AUTO APELADO

El *A quo* en Audiencia Pública Especial de que trata el artículo 443 del C.G. del P. celebrada el 15 de junio de 2022 resolvió las excepciones al mandamiento de pago formuladas por la ejecutada, de la siguiente forma:

“PRIMERO: Declarar parcialmente probada la excepción de pago de la obligación propuestas por el ejecutado BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A., en atención a las razones que motivan la presente providencia.

SEGUNDO: Consecuentemente, ordenar seguir adelante la ejecución conforme se dispusiera en el auto de mandamiento de pago de fecha 19 de junio de 2019, liquidando por concepto de pago pendiente de la obligación impuesta en la sentencia del 16 de mayo de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la suma de \$36.596.046.

TERCERO: Llevar adelante la liquidación del crédito, en la forma prevista en el artículo 446 del Código General del Proceso.

CUARTO: Condenar en costas a la parte ejecutada BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. Tásense por secretaría incluyendo la suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la ejecutante.

QUINTO: Conminar al ejecutado BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A a la regularización de la relación laboral en los términos que fue



impuesto en la condena derivada del reintegro laboral del demandante programando los periodos pendientes de vacaciones para el disfrute efectivo de las mismas y adecuando el cumplimiento de las funciones efectivas del demandante señor Bolívar Andrés Bernal Toro.”

Fundamentó su decisión señalando que el problema jurídico consistía en establecer ¿si las obligaciones de hacer y de dinero contenidas en el mandamiento de pago fueron reconocidas y pagadas en su totalidad? Indica que lo que se adeuda al actor se debe reconocer a título de indemnización, pues la condena en la que se impuso el reintegro señaló que se condenaba a título de indemnización al pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social entre la fecha en que se dio el despido y la fecha en que se dio el reintegro., por lo que no es de recibo que le sea aplicada una tasa inferior; razón por la cual debe entenderse que el impuesto a la renta se debe aplicar sobre el 20%. Frente a la obligación de hacer señala que se ha verificado parcialmente en el entendido que al demandante le ha sido notificada el acta de reintegro laboral y a partir de esa fecha le fueron pagados sus salarios y prestaciones sociales que se causan con el desarrollo de su relación laboral. Afirma que no se ha verificado de manera perfecta el reintegro laboral puesto que a la fecha no ejerce función alguna a través del banco; que no se le han facilitado ni los equipos, ni las unidades tecnológicas para que desarrollen sus funciones en situaciones normales; que sólo desde marzo del 2020 le asignaron funciones. Indica que habrá de conminarse al banco para que una vez superada la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del COVID 19 se haga una valoración de la condición clínica del ejecutante de lo contrario deberá brindarle las condiciones para que pueda trabajar desde su casa. En cuanto a la retención en la fuente señala que se hizo una doble retención en la fuente, pues se realizó en la liquidación definitiva de prestaciones sociales al darle por terminado el contrato y también ahora que pago las sumas ordenadas por vía judicial. Señala que en cuanto a las vacaciones se allegaron varios comprobantes de pago quedando pendiente de pago únicamente las vacaciones correspondientes a los años 2021 y 2022. Que el Despacho encontró inconsistencias en la liquidación. Que al tener en cuenta los salarios más el factor prestacional menos los aportes a seguridad social entre el Despido y cuando operó su reintegro laboral la liquidación



asciende a la suma de \$228'442.606. Que se debe descontar la suma pagada a título de indemnización por despido sin justa causa. Que se descontó la retención en la fuente cuando ya se había realizado un descuento por ese concepto por la suma de \$8'386.559. que sobre el valor obtenido se aplicó nuevamente la retención en la fuente del 20% según lo contemplado en el artículo 401 del E.T. Que al hacer la liquidación se evidencia que existe un saldo de \$36'596.046 por lo que se declara probada parcialmente la excepción de pago.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado del banco ejecutado interpuso recurso de apelación argumentando que si nos remitimos al mandamiento de pago es claro que el Despacho se equivoca en su valoración; que se equivoca frente a las retenciones en la fuente porque este es un tema tributario y que el Banco no podía dejar de practicar las retenciones, pues de no hacerlo tendría que asumirlas frente a la DIAN. Indica que la retención en la fuente en el año 2017 se hizo sobre el valor de la indemnización y se hizo sobre el 20% en los términos del artículo 401-3 E.T. Señala que este artículo establece que las indemnizaciones derivadas de una relación laboral o reglamentaria estarán sometidas a una retención del impuesto sobre la renta del 20% con ingresos superiores a 204UVT. Que sobre los demás conceptos se aplicó un 12.52%. Que la retención en la fuente sobre los pagos del reintegro como lo estableció el Despacho se realizaron sobre el artículo 401 regla 2 del E.T. aplicando un 20%. Que no se tuvo en cuenta que se debía descontar la cuota sindical, pues el ejecutante seguía vinculado a la organización sindical. Que con destino aportes a pensión se le descontó el porcentaje correspondiente con destino al fondo de solidaridad pensional de los salarios entre el 19 de octubre del 2017 al 28 de febrero del 2019 lo cual arrojó la suma de \$186'515.526 menos el valor de indemnización de \$79'871.986 lo cual arroja una diferencia de \$106'643.540. que sobre la diferencia (\$106'643.540) se tenía que aplicar una retención en la fuente lo cual no significa que se aplique doble sino que el concepto inicial que se pagó a título de indemnización no abarca el total de la suma sobre el cual se debía



aplicar la retención en la fuente sobre el valor que se iba a pagar. Afirma que el Despacho omite tomar en cuenta estas 2 situaciones jurídicas y a través de una providencia judicial espera que la empresa reconozca esa diferencia la cual finalmente tiene que ser asumida ante la DIAN. Que por estos motivos no se presenta el saldo al que hace alusión el Despacho. Que se debe tener en cuenta que para el año 2017 tenía un salario de \$11'519.998 que corresponde a un salario integral. Que el Despacho toma la base del salario integral y le suma un 30% de carga prestacional que naturalmente le genera una diferencia. Que si se suma todo lo que se le pagó al actor se evidencia que se pagó la totalidad de la obligación. Respecto al señalamiento del Juez en el que indica que se conmine al Banco a regularizar la relación laboral tenemos que el Despacho está generando una orden indeterminada en el tiempo que desconoce el artículo 402 y 406 del CST. Que el demandante inició un proceso sindical acción de reintegro donde su problema jurídico era determinar ¿si tenía fuero sindical al momento de la terminación del contrato y si procedía el reintegro? Que el Tribunal consideró que si tenía fuero sindical y ordenó el reintegro y a título de indemnización el pago de salarios y prestaciones sociales pero ello no implica que a través de un proceso ejecutivo se pueda entrar a validar las circunstancias posteriores que se den luego de cumplirse la orden de reintegro, lo cual quiere decir que si el demandante considera que con posterioridad al reintegro lo están persiguiendo, lo tenían apartado o lo están discriminando hay una acción especial para eso, pero no puede discutirse en este proceso. Respecto de las vacaciones se debe resaltar que el mandamiento de pago ordenó pagar los salarios, las prestaciones compatibles con el reintegro y los aportes a seguridad social. Que las vacaciones no hacen parte del salario tampoco son una prestación social ni aportes a seguridad social, además que son incompatibles con el reintegro. Que hay otros mecanismos para cobrar las vacaciones las cuales no hicieron parte de la sentencia ni del Mandamiento de pago. Que el Despacho se está extralimitando. Solicita se declare probada la excepción de pago y no se le condene en costas.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que convoca la atención de la Sala consiste en determinar ¿si acertó la falladora de primera instancia al declarar probada



parcialmente la excepción de pago o si debe declararse probada la excepción de pago total de la obligación como lo solicita el banco ejecutado?

Para resolver el problema jurídico debemos recordar que en materia laboral conforme lo dispone el artículo 100 del C. P. del T y de la S.S. será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que **emane de una decisión judicial** o arbitral en firme.

Siendo necesario precisar, que al encontrarnos dentro de un proceso ejecutivo ya no se va a debatir a quien le asiste el derecho o a que tiene derecho, pues en este proceso, sólo se persigue la efectividad del derecho reconocido o declarado en favor de una de las partes; convirtiéndose así la sentencia proferida dentro del proceso especial de fuero sindical en el título ejecutivo que sirve de base de la presente ejecución.

Ahora, con base en la sentencia proferida dentro del proceso especial de fuero sindical y teniendo en cuenta que el señor Bolívar Andrés Bernal Toro solicitó el cumplimiento de la sentencia, el *A quo* procedió a librar mandamiento de pago por los siguientes conceptos:

“PRIMERO: LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO Y ORDENAR al BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. pagar las siguientes sumas de dinero:

- a) *Por concepto de salarios, prestaciones compatibles y aportes a seguridad social, las cifras causadas desde la fecha del despido y, hasta cuando se haga el reintegro efectivo.*
- b) *Por las costas y agencias en derecho de la primera instancia, la suma de **\$2'343.726.***
- c) *Por las costas de la presente ejecución, que en el momento procesal oportuno se fijarán.”*

Revisado el mandamiento de pago es claro que únicamente se libró por los salarios, prestaciones y aportes dejados de cancelar desde el retiro hasta la fecha del reintegro y por las costas del proceso ordinario y las que se lleguen a causar dentro del proceso ejecutivo.



En el mandamiento de pago nada se dijo sobre el reintegro ordenado dentro del proceso especial de fuero sindical, lo cual no mereció ningún reparo de la parte ejecutante. Siendo necesario recordar a los apoderados que el mandamiento de pago delimita cuales son las obligaciones que se pretenden cobrar por la vía ejecutiva, por lo que no puede discutirse dentro de las diferentes etapas que componen el proceso ejecutivo el cumplimiento o no de obligaciones que no fueron plasmadas en el mandamiento de pago.

Por tanto, como efectivamente lo señala el apoderado de la ejecutada la falladora de primera instancia se extralimitó al conminar al banco ejecutado a la “regularización de la relación laboral en los términos que fue impuesta en la condena derivada del reintegro laboral del demandante programando los periodos pendientes de vacaciones para el disfrute efectivo de las mismas y adecuando el cumplimiento de las funciones efectivas del demandante”; como quiera que, primero, esto no se plasmó en el mandamiento de pago, luego le estaría violando el debido proceso al ejecutado y, segundo, esto ni siquiera se plasmó en la sentencia que sirve de base de la presente ejecución, pues allí únicamente se ordenó el reintegro al mismo cargo o a uno de igual categoría; por lo que se evidencia que olvidó la falladora de primera instancia que nos encontramos en un proceso ejecutivo, en el cual simplemente se debe buscar la efectividad de la sentencia que se encuentra en firme y que se debe seguir acorde a lo plasmado en el mandamiento de pago. Por tal razón se revocará el numeral quinto del auto apelado. Máxime porque se evidencia a folio 317 del archivo “01.1 11001310503420190033100 (fls. 1 a 238)” acta de reintegró en la que consta que el 01 de marzo de 2019 el ejecutante fue reintegrado al cargo de Gerente en la Gerencia de Experiencia y Calidad con una asignación mensual de \$12'142.078 (salario integral) con la cual se dio cumplimiento a la orden de reintegro.

Respecto a lo concerniente a las sumas descontadas del pago realizado por el banco ejecutado a título de **retención en la fuente**, lo primero que debe indicarse, es que no está en discusión que efectivamente se debe



realizar dicho descuento del 20% conforme el E.T., pues ninguna de las partes mostró su inconformidad al respecto. La inconformidad radica en que la Juez señaló que el banco ejecutado había realizado un doble descuento por este concepto, con lo cual no está de acuerdo el ejecutado.

Al revisar la liquidación efectuada por el Banco Ejecutado visible a folio 319 del archivo “01.1 11001310503420190033100 (fls. 1 a 238)” se evidencia lo siguiente:

1. El banco ejecutado calculó conforme lo ordenado en la sentencia que sirve de base de la ejecución los salarios desde la fecha del despido (11 de octubre del 2017) a la fecha del reintegro (01 de marzo del 2019) lo cual arrojó la suma de **\$186'515.526**, para lo cual tomó como salario para octubre de 2017 la suma de \$11'519.998 para el año 2017 y 2018 y la suma de \$12'142.078 para el año 2019 y efectuó los descuentos de aportes a pensión y la cuota sindical. Al realizar las operaciones aritméticas se encuentra que el calculo elaborado por el Banco ejecutado es correcto, por lo que se adeudaba al actor la suma de **\$186'515.526**.
2. El error de la falladora de primera instancia radicó en que como se trataba de un salario integral en los términos del artículo 132 del CST decidió al valor acordado por las partes como salario integral sumarle un 30% adicional como factor prestacional, y de allí se genera la diferencia que afirma se adeuda por parte del banco ejecutado.
3. A la suma de **\$186'515.526** la sentencia que sirve de base de la presente ejecución autorizó descontar la suma pagada a título de indemnización convencional, por lo que se le debe descontar la suma de **\$79'871.986** que fue la suma reconocida a título de indemnización lo cual arroja la suma de **\$106'643.540**, como acertadamente lo encontró el banco ejecutado.



Ahora teniendo en cuenta que sobre la suma de \$79'871.986 ya se había descontado la retención en la fuente del 20%, en la suma de \$8'386.559, es claro, tal y como lo hizo el banco ejecutado que no se podía calcular la retención en la fuente sobre la suma liquidada de **\$186'515.526**, sino únicamente sobre la suma que faltaba por pagar de **\$106'643.540**. Es más al revisar la liquidación se evidencia que por retención en la fuente ni siquiera se descontó el 20% sino únicamente el 15%. Por tanto, es claro que no se hizo un doble descuento por retención en la fuente. Por lo que acertó el banco ejecutado cuando canceló al actor la suma de \$90'647.009 suma obtenida al descontar la retención en la fuente sobre los \$106'643.540. Por lo que no existe ninguna diferencia pendiente de pago.

Finalmente, respecto de las **vacaciones** la falladora de primera instancia refirió que se allegaron los comprobantes de pago en los cuales se evidencia que únicamente se adeudan las vacaciones del año 2021 y 2022; años posteriores al reintegro y sobre los cuales no se impartió condena en la sentencia que sirve de base de la presente ejecución, ni se encuentran contenidos en el mandamiento de pago, por lo que contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia no se pueden cobrar en este proceso.

En esos términos encuentra la Sala que equivocó la falladora de primera instancia al DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCION DE PAGO, pues se evidencia que el banco ejecutado dio cumplimiento a la sentencia que sirve de base de la presente ejecución por lo que habrá de revocarse el auto apelado para en su lugar declarar probada la excepción de pago y dar por terminado el presente proceso.

Dadas las resultas del proceso sin costas en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto esta Sala de Decisión,



RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto recurrido para en su lugar DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR la terminación del proceso por pago total de la obligación, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 12-2019-206-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAVIER GREGORIO PRADA

DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de agosto de 2021 proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante y la demandada GOLD RH S.A.S.

ANTECEDENTES

El señor JAVIER GREGORIO PRADA por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que entre él y la demandada Salud Total EPS existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 7 de septiembre de 2011 al 26 de febrero de 2017, que las Cooperativas TALENTUM CTA y GOLD RH S.A.S., actuaron como simples intermediarios de conformidad

con lo previsto en el artículo 35 del CST, que se declare que los dineros pagados a él por esta última durante la relación laboral por concepto de medios de transporte, auxilio no salarial para reconocimiento de equipos productivos, realmente eran comisiones que retribuían su labor como asesor profesional a favor de Salud Total EPS, que durante el tiempo en que estuvo vinculado a esta última, no se le pagaron primas, vacaciones, cesantía, interés a la cesantía, aportes a pensión y salud sobre el salario realmente devengado, incluyendo como factor salarial los pagos por concepto de medios de transporte y auxilio no salarial para el reconocimiento de equipos productivos, pues tales emolumentos deben ser tenidos en cuenta para la liquidación y pago de indemnizaciones, primas, vacaciones, cesantías, interés sobre cesantía y aportes a salud y pensión, que su último salario devengado, ascendió a \$1.893.906 que corresponde al salario básico y promedio de comisiones pagadas en los últimos 12 meses.

Como consecuencia de tales declaraciones solicita se condene a Salud Total EPS y solidariamente a Gold RH S.A.S., a pagar a su favor reliquidación de cesantía, interés a la cesantía, vacaciones, prima, aportes a pensión y salud durante la vigencia de la relación laboral y sobre la base salarial realmente percibida por el de \$1.893.906, pago de sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción por no pago de interés a la cesantía, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, diferencia en el pago de aportes destinados al sistema de seguridad social, indexación e intereses moratorios; de manera subsidiaria peticiona las declaraciones y condenas antedichas, teniendo como empleador principal a GOLD RH S.A.S. y como solidariamente responsable a Salud Total EPS. (Fls. 2 a 4)

Fundamentó sus pretensiones afirmando que el 8 de marzo de 2004, los accionistas mayoritarios miembros de la junta directiva de Salud Total EPS, crearon la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum, que el 7 de septiembre de 2011, fue vinculado a dicha cooperativa a través de compromiso contractual asociativo para desempeñarse en el cargo de asesor novato, para el proceso comercial de Salud Total EPS, que como remuneración por dicha labor, percibía una compensación ordinaria, extraordinaria, auxilio de medios de transporte y auxilio de campeones

Talentum, que suscribió otrosí al convenio asociativo para medios de transporte.

Señala que ingresó a laborar para Salud Total EPS a través de GOLD RH S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero de 2014 al 26 de febrero de 2017 en el cargo de asesor junior, contrato que estuvo vigente hasta el 13 de enero de 2014, por presunta terminación por mutuo acuerdo, lo que no obedeció a la realidad, sino que tuvo lugar por virtud del proceso de formalización laboral al que se comprometieron las demandadas ante el Ministerio de Trabajo, que la compensación por su labor pactada con dicha cooperativa, era la equivalente a 1 SMLV y una suma variable por concepto de medios de transporte para un total de \$2.000.000, que en el compromiso contractual suscrito por él con Talentum CTA, igualmente se pactó el pago de medios de un incentivo denominado *medios de transporte*, que no estaba destinada a cubrir dicho servicio, sino que era una retribución a su servicio, pues tal rubro era liquidado conforme al número de afiliaciones por él promovidas.

Indica que las labores por él prestadas, fueron realizadas con herramientas, estrategias, acuerdos y metas comerciales establecidas por Salud Total EPS, que desde que ingresó a laboral con Talentum CTA, siempre prestó sus servicios para la EPS mencionada de lunes a viernes en un horario de 7:00 a.m. a 6:00 p.m., que no existe independencia administrativa ni financiera de Talentum con Salud Total EPS, debido a la similitud de directivos de estas demandadas y ante la suscripción de acuerdo de formalización laboral ante el Ministerio de Trabajo el 9 de mayo de 2014 y como consecuencia de este, la Cooperativa GOLD RH S.A.S., lo desvinculó laboralmente, siendo vinculado a partir del 1 de enero de 2014 a través de contrato a término indefinido por Talentum CTA.

Que el 1 de noviembre de 2016, suscribió otrosí al contrato de trabajo con GOLD RH S.A.S., para regular su remuneración, que las funciones para las cuales fue contratado por esta, fueron las mismas que desarrollaba en beneficio de la EPS demandada cuando estuvo vinculado con Talentum CTA, que la cláusula tercera de dicho contrato, reguló el pago de medios de transporte, los que únicamente se pagarían una vez por *afiliación de cada cotizante*, sin embargo, se indicó que estos no constituían salario, que su

contrato con GOLD RH S.A.S., estuvo vigente hasta el 26 de febrero de 2017 y esta no le pago durante la relación laboral primas, vacaciones, intereses sobre cesantías, aportes a pensión y salud sobre lo realmente devengado. (fls. 5 a 13).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada Salud Total EPS se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 25, 38 y 50, negó los hechos contenidos en No. 12, 14 15, 22 a 24, 36, 37, 39, 40, 49 y 59 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad, buena fe, mala fe del demandante, cobro de lo no debido – inexistencia de la obligación, compensación y prescripción. (fl. 391)

La demandada GOLD RH S.A.S., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, negó los contenidos en No. 7, 25, 27, 28 a 32, 34, 35, 37, 39 a 49 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, compensación, enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, buena fe. (fl. 489)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia del 24 de agosto de 2021:

PRIMERO: DECLARAR que la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum, ejerció actividades de intermediación laboral entre el demandante y Salud Total EPS.

SEGUNDO: Declarar que entre Salud Total EPS y el demandante, existió un contrato de trabajo entre el 7 de septiembre de 2011 al 30 de junio de 2013.

TERCERO: DECLARAR que entre el actor y la demandada GOLD RH S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero de 2014 al 26 de febrero de 2017.

CUARTO: DECLARAR que los auxilios entregados por GOLD RH S.A.S., denominados medios de transporte y reconocimiento de equipos productivos constituyen salario.

QUINTO: CONDENAR solidariamente a GOLD RH SA.S. y a SALUD TOTAL EPS S.A., a pagar al demandante las siguientes sumas:

- a) \$982.476 por prima de servicios
- b) \$2.278.609 por cesantías

- c) \$275.512 por intereses a la cesantía
- d) \$1.086.894 por vacaciones
- e) Al pago de reliquidación de los aportes pensionales y aportes en salud causados desde el 1 de enero de 2014 al 26 de febrero de 2017, teniendo como salario para el año 2014, la suma de \$1.223.850, 2015 \$17.757.521, 2016 \$1.881.960, para el 2017 \$1.088.958, valores que deben pagarse a Porvenir S.A. y Salud Total EPS debidamente indexados.
- f) Al pago de intereses moratorios a partir del 27 de febrero de 2017 a la tasa máxima de interés de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta cuando el pago de la reliquidación de prestaciones sociales se efectúe.
- g) A la indexación de la suma reconocida por concepto de vacaciones desde el 7 de febrero de 2017 y hasta la fecha de su pago. (fl.633).

SEXTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de la reliquidación de la prima de servicios causada entre el 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2015 y absolvió de las demás pretensiones de demanda. (...)

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

Para resolver esta controversia tenemos que los artículos 22, 23 y 24 del CST define en el contrato de trabajo sus elementos esenciales entre ellos la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia y un salario como retribución, el artículo 24 habla de la presunción de que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo, los tres elementos mencionados deben concordar para que pueda decirse que en efecto estamos ante la presencia de una relación contractual, laboral principalmente el elemento subordinación ya que el mismo es el que le da el carácter de relación laboral pues de no existir este se puede hablar de la existencia de otro tipo de contrato.

No obstante en la aplicación del artículo 24 se presume la presencia del elemento de subordinación quedando entonces la obligación de la parte demandada de destruir dicha presunción a través de los diferentes medios de prueba, es decir aquí en este caso se aplica la presunción legal establecida en dicha norma, es deber del juez con fundamento en el principio constitucional de la primacía y la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales examinar el conjunto de los hechos por los entes medios probatorios para verificar que ello es así y que en consecuencia queda desvirtuada la presunción conforme lo señaló la honorable Corte Constitucional en sentencia C 665 del 12 de diciembre de 1998 y entonces ya teniendo aquí las normas aplicables al caso para efectos de determinar si efectivamente existió el contrato de trabajo, procede el despacho analizar la situación acaecida con el señor Javier Gregorio Prada y en el transcurso de la sentencia se irá haciendo mención de las diferentes pruebas aportadas en el expediente así como las pruebas recaudadas testimoniales como los interrogatorios de parte y de acuerdo con esa valoración de la documental aportada para dar respuesta a cada uno de los planteamientos jurídicos tenemos lo siguiente;

Conforme con el certificado de existencia y representación legal de Salud Total EPS uno de los objetos sociales de dicha empresa es promover la afiliación de los habitantes de Colombia al SGSS garantizando la libre escogencia del afiliado, artículo 18 del decreto 1485 del 13 de julio de 1994 citado por el EPS Salud Total al momento de contestar la demanda, autorizó a la EPS utilizar para la promoción de salud a vendedores, personas naturales con o sin relación laboral a instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades señalando claramente de que todas las actuaciones en el ejercicio de su actividad obligan a la EPS respecto de la cual se hubieren desarrollado y comprometen por ende su responsabilidad, el día 30 de julio del año 2008 la CTA Talentum presentó a Salud Total EPS oferta mercantil de prestación de servicios para

el manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos operativos, comerciales y jurídicos y en el proceso comercial se destaca lo referente a la afiliación en el sistema general de Seguridad Social en salud según consta en folios 426 a 440 con ocasión de dicha oferta tenemos que salud total EPS SGCA suscribió contrato de comodato con la CTA Talentum para la administración de los procesos en los que se destacan los relacionados con la afiliación en folios 441 a 444, contrato que se terminó el 30 de diciembre del año 2013 según consta folios 446 a 449, que el señor Javier Gregorio Prada fue vinculado como trabajador asociado a la CTA Talentum desde el 7 de septiembre del 2011 para desarrollar el proceso de eventos como asesor de ventas en la unidad estratégica de negocios Talentum según consta folio 207 a 219 y que a partir del 1 de enero del año 2014 Salud Total suscribe un modo comodato con el mismo fin, es decir con el mismo fin para el cual había hecho la suscripción del contrato con Talentum, pero ahora con la empresa GOLD RH SAS según consta a folios 452 a 463 de acuerdo con esa valoración probatoria y revisando cada uno de los elementos, documentales aportados frente a la normativa aplicable, para el despacho es claro que Salud Total en virtud de las facultades otorgadas en el artículo 18 del Decreto 1485 de 1994 podía contratar con un tercero la promoción de la afiliación de los usuarios al sistema general de Seguridad Social en salud pero siempre y cuando esos terceros estuvieran habilitados para cumplir esa gestión y precisamente llama la atención que se haya contratado con una CTA esa función puesto que recordemos que tales cooperativas tienen un campo de acción reducido y sobre el particular tenemos el decreto 4588 del 2006 por medio de la cual se reglamentó la organización y funcionamiento de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado, se determinó su naturaleza y su objetivo social a su vez el artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 que le prohíbe a este tipo de cooperativas actuar como intermediario o empresa de servicios temporales allí también se dispuso que cuando se compruebe prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales el tercero contratante y las cooperativas o las pre cooperativas de trabajo serán solidariamente responsables de las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y adicionalmente el artículo 63 de la ley 1429 del año 2010 que señala que el personal requerido en toda institución y/o empresa pública o privada para el desarrollo de las actividades nacionales permanentes no podrá estar vinculado a través de CTA que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales legales y prestacionales consagrados en normas legales vigentes.

Aplicando esa última normatividad tenemos que es evidente que salud total EPS si bien podía delegar en un tercero la función de afiliación en el sistema general de Seguridad Social en salud que hace parte de su objeto social es decir es una actividad permanente, objeto social de Salud Total en un tercero también lo es que no podía delegarlo en una CTA pues es una función corresponde al giro ordinario y permanente de sus negocios y dichas cooperativas por expresa disposición legal no se encuentran autorizadas para el desarrollo de tales actividades nacionales permanentes bien sea de empresas públicas o privadas como el caso de salud Total, sobre este aspecto basta consultar la sentencia con radicado 38671 del 17 de abril del 2012 de la Sala de Casación Laboral de la CSJ por tal razón para el despacho es claro que las cooperativas que desarrollen labores en esas condiciones realizan actividades de intermediación laboral con la finalidad de favorecer a los empresarios evadiendo las cargas laborales y desconociendo así los derechos mínimos establecidos a favor de los trabajadores.

Frente al caso de autos tenemos que la CTA Talentum no fue convocada al presente litigio a ejercer su derecho en defensa y contradicción; no obstante no se demandó en su inicio ni existió pronunciamiento alguno de las partes por lo que el despacho una vez verificado en el registro único empresarial de esa cooperativa pudo constatar que la misma se encuentra con matrícula cancelada desde el 24 de febrero del año 2016 no siendo entonces posible su vinculación al no tener personería jurídica activa. A pesar de lo anterior hay pruebas suficientes para determinar que dicha cooperativa adelantó actividades de intermediación laboral a favor de salud total.

1. porque vínculo como trabajador asociado al señor Javier Gregorio Prada a partir del 7 de septiembre del año 2011.

2. la vinculación se dio para que el demandante realizara actividades propias y permanentes a cargo de salud total desconociendo el objeto social del cooperativismo y contrariando los señalado en el artículo 63 de la ley 1429 del 2010.

3. si bien salud total podría delegar eso de un tercero, lo cierto es que las cooperativas de trabajo no pueden realizar ese tipo de actividades atendiendo lo señalado en la referida norma, luego entonces tenemos que el señor Javier Gregorio Prada suscribió vinculación como trabajador asociado y se cuenta acreditada pues la prestación de servicio en esa entidad esto con ocasión de la declaración que rindió la señora Aidi Ruedas Ariza quien manifestó haber sido trabajadora de la CTA Talentum como director administrativo y financiera desde el 2 de marzo de 2019 hasta el 30 de septiembre del año 2014 y comentó las particularidades propias de la vinculación del demandante sobre quien manifestó que estuvo vinculado hasta el 30 de diciembre del 2013, adicionalmente se prueba la prestación de servicio con la manifestación realizada por el testigo por Javier Velásquez, por tal razón al existir actividades de intermediación laboral por parte de la cooperativa al estar acreditada la prestación personal de servicios del demandante, la remuneración recibida que está contenida en la vinculación a esa cooperativa y al no destruirse la presunción de subordinación es de ultimar que su empleador para esa vinculación con la cooperativa de trabajo pues lo era Salud Total EPS, en esa medida para el despacho es evidente que se dan las condiciones para declarar la existencia del contrato de trabajo con salud total EPS y el demandante entre el 7 de septiembre del 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013 y así se dispondrá en la parte resolutive y frente a las pretensiones por ese período al revisar el plenario se tiene que la parte actora no logró demostrar la suma devengada en ese lapso de tiempo en el convenio de asociación se señala que iba a recibir la suma mensual como compensación por valor de \$535.600 es decir no hay prueba de los conceptos recibidos mes a mes tampoco se acredita los valores recibidos por los conceptos de medios de transporte y equipos productivos que permitieran analizar la reliquidación de prestaciones solicitadas, repito por el período de 7 de septiembre de 2011 hasta el 31 diciembre de 2013, si bien a folios 220 a 232, aparecen reflejados la forma en que se pagaban y se causaban dichos conceptos durante el vínculo cooperativo el señor Javier Gregorio Prada tenía la carga de la prueba demostrar que los mismos fueron efectivamente devengados y los montos cancelados mes a mes desde septiembre de 2011 a diciembre 2013 para efectos de determinar si constituyeran un salario y proceder a la reliquidación solicitada.

Ahora se entiende que se solicita la reliquidación porque no se desconoce los pagos realizados por la cooperativa Talentum al demandante situación que se corrobora con el interrogatorio rendido por el señor Javier Gregorio Prada quien al contestar una pregunta que el despacho le realizó el día 18 de agosto el manifestó que había recibido todos los pagos correspondientes a su vínculo cooperativo en esa medida entonces al no estar demostrado aquí que efectivamente para ese periodo el demandante devengó conceptos de medios de transporte y equipos productivos tampoco aparece acreditado los valores recibidos por tales conceptos pues no es posible determinar si efectivamente era o no salario y realizar los cálculos respectivos.

En esa medida se absolverá a Salud Total de la reliquidación de cesantías, intereses a la cesantías, vacaciones, primas, aportes a pensión y salud de la sanción moratoria del artículo 99, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización moratoria del artículo 65 y reliquidación de aportes de pensión y salud por el período comprendido entre septiembre de 2011 a diciembre de 2013; ahora conforme las pruebas aportadas también se tiene que con ocasión del contrato de comodato celebrado entre Salud Total y Talentum se llevó a cabo un acuerdo de formalización laboral ante el Ministerio de trabajo por medio de la cual se vincula de forma permanente por medio de la suscripción de contratos de trabajo a término indefinido un total de 1727 trabajadores que prestaban su servicio a través de la CTA Talentum buscando y de acuerdo con la reacción que aparece allí en ese acuerdo de formalización mejorar las formas de vinculación del personal y se acordó formalizar 591 trabajadores a través de la empresa Gol RH SAS, 1092 trabajadores a través de Medical Talento Humano S.A.S y 44 trabajadores a través de salud total EPS, documentos que reposan en el expediente a folios 531 a 542.

Frente a la demandada GOLD RH S.A.S tenemos lo siguiente; que con ocasión al acuerdo de formalización laboral adelantado ante el Ministerio de trabajo el señor Javier Gregorio Prada se vinculó por medio de contrato a término indefinido a través de la sociedad Gold RH S.A.S a partir del 1 de enero del año 2014 devengando inicialmente la suma de \$646.500 pesos, se acredita con copia del contrato de trabajo durante folios 545 y siguiente del expediente, a partir del 1 de junio del 2014 se incrementó su salario la suma de \$752.555 pesos folio 533, a partir del 1 de noviembre de 2016 su salario ascendió a la suma de \$810.050 pesos, según otrosí al contrato de trabajo visto a folios 534 a 538 en donde además se pactó las diferentes modalidades compensatorias que durante el vínculo contractual o con ocasión de ese contrato fue vinculado el demandante para realizar la labor de asesor junior en virtud del contrato de mandato suscrito entre la empresa y salud total EPS SA es decir para gestión entre otros aspectos de las afiliaciones al plan obligatorio de salud de los usuarios del sistema general de Seguridad Social en salud, que dicho contrato estuvo vigente hasta el 26 de febrero del año 2017 teniendo como salario para esa fecha la suma de \$810.050 pesos, según consta en la liquidación definitiva obrante a folio 559 del expediente.

Conforme a dichas pruebas y atendiendo las facultades que la demandada Salud Total EPS tenía conforme las previsiones contenidas en el artículo 18 del decreto 1485 del 13 de julio de 1994 es criterio del despacho que dicha EPS si podía delegar esa función a Gold RH S.A.S verificando en todo caso que se cumplieran los derechos mínimos de los trabajadores en virtud del acuerdo de formalización laboral, si bien en los alegatos de conclusión el apoderado de la parte actora dice que no es cierto que se cumplan requisitos para que Gold RH S.A.S lleve a cabo esa función misional de salud Total, el despacho considera que conforme a la redacción que está contenida en esa norma sí es posible que esa entidad pueda prestar los servicios del objeto social de Salud total EPS, Esto de acuerdo con la redacción del inciso 1 del artículo 18 donde habla que además de vendedores personas naturales conocidos relación a instituciones financieras intermediarias u otras entidades en ese término de otras entidades a criterio del despacho puede realizar la actividad Gold RH atendiendo que los incisos siguientes en ningún momento le impiden continuar y realizar esa función de la promoción de la afiliación para Salud Total, verificando de toda forma Salud Total en los términos del decreto antes mencionado pues que se cumplieran los derechos mínimos de los trabajadores en virtud del acuerdo de formalización laboral.

Ahora no se observa que la vinculación que tuvo el demandante con Gold RH S.A.S le haya generado alguna afectación pues se le garantizó los derechos mínimos del trabajador, se le garantizó la permanencia en el empleo y se hicieron todos los pagos mes a mes de acuerdo con las condiciones contractuales y según confesión que hizo el señor Javier en el interrogatorio de parte; ahora en la demanda se solicita se declare la existencia de un sólo contrato de trabajo con Salud Total desde el 7 de diciembre de 2011 hasta el 26 de febrero 2017 aspecto que a criterio de este espacio no existió porque primero la vinculación del 7 de diciembre del 2011 al 30 de diciembre del 2013 o 31 diciembre 2013 lo fue con Salud Total, de acuerdo con el análisis que se hizo de las facultades que tenía la cooperativa de trabajo de asumir la función permanente de afiliación de salud total y segundo; porque dicha entidad estaba plenamente facultada para alegar la función de promoción de las afiliaciones al plan obligatorio de salud a través de un tercero como lo fue Gol RH S.A.S, si bien el actor prestó los mismos servicios de venta a favor de Salud Total; las condiciones en que desarrollo tanto a nivel cooperativo con la empresa Gol RH S.A.S, fueron completamente diferentes no solamente por la forma de vinculación sino por las garantías prestacionales, ahora la parte demandante no demostró cuáles fueron las diferencias o desventajas que se causaron por no pertenecer directamente a salud total S.A, si eran mayores salarios, si existían beneficios adicionales o acuerdos convencionales favorables, si las condiciones remuneratorias y prestacionales eran infinitamente superiores que lo ponían en desventaja por tener una vinculación laboral con Gol RH S.A.S, o que dicha vinculación se hizo con ocasión de perjudicar al trabajador y en el interrogatorio el demandante cuando el despacho le indagó sobre el particular si bien menciona que sí, que él consideraba que en Salud Total ganaban más, pues al ser una afirmación indefinida de eso tiene que estar plenamente probado el proceso para efectos de determinar si efectivamente hubo por ejemplo una vulneración al derecho de igualdad.

Ahora no se demostró que Gol RH S.A.S haya actuado como simple intermediario en los términos del artículo 35 del CST, pues ninguno de los testigos especialmente John Javier Velázquez y Sandra Yolanda Gámez señalaron con contundencia la forma en que se haya dado la prestación de servicios del señor Javier Prada, sobre este aspecto únicamente realizaron manifestaciones indefinidas por lo que deviene que la vinculación que tuvo esta empresa no fue como contratista independiente en los términos del artículo 34 del CST, es decir actuó en el desarrollo del contrato de comodato con capacidad directiva técnica y para el caso el demandante se encontraba bajo su subordinación, recordemos que si bien pueden haber casos o varios casos similares al debatido en el presente proceso, recordemos que el análisis que hace a las pruebas de cada uno de ellos es diferente de acuerdo con el material probatorio que aporten las Partes. En este caso para el despacho y de acuerdo con los documentos aportados y las pruebas recaudadas pues Gol RH S.A.S actuó como contratista independiente teniendo como es subordinado al demandante y frente a los interrogatorios tanto del representante legal de salud total como el representante legal de Gol RH S.A.S manifestaron que la relación se llevó a cabo en cumplimiento del contrato de comodato y con ese fin se entregó el uso de un medio lucrativo para que Gol RH adelantará su labor; es decir sobre esa particular tampoco hay evidencia que efectivamente salud total interfiriera en la labor que ha realizado el demandante pues no hay ninguna prueba que determine que efectivamente era Salud Total quien le daba la orden del demandante y por el contrario entonces entiende que fue Gol RH en cumplimiento del contrato de trabajo a término indefinido que realizó este tipo de manifestaciones con el señor Javier Gregorio Prada, en esa medida se declara la asistencia de contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la empresa Gol RH S.A.S entre el 1 de enero de 2014 hasta el 26 de febrero del año 2017, ahora no quiere decir ello que salud total EPS no tenga ninguna responsabilidad puesto que hacerla beneficiara cualquier incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores contratados en virtud del contrato de comodato pues también es de su responsabilidad de forma solidaria no solo porque así lo establece el parágrafo del artículo 18 del decreto 1485 de 1994 norma compilada en el decreto 780 del 6 de mayo de 2016, sino por ser una de las consecuencias previstas por el artículo 34 del CST.

Procede el despacho de verificar las pretensiones subsidiarias formuladas en la demanda donde se solicita se tenga como verdadero salario lo recibido por el trabajador por concepto de auxilio no salarial para medios de transporte y auxilio no salarial por reconocimiento de equipos productivos y consecuencia de ello dice la demanda se reliquide las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio, aporte a salud y pensión y frente a ese punto observa el despacho que el contrato suscrito por el demandante con Gol RH S.A.S, en la cláusula segunda y tercera especialmente en esta última se establece el reconocimiento y la forma de causación de lo que denominaron medios de transporte donde si bien se pactó su carácter no salarial pues se debe analizar el mismo en los términos del artículo 127 y 128 del CST, frente al denominado reconocimiento de equipos productivos la propia representante legal de la demandada RH aceptó en el interrogatorio que efectivamente existe esta prestación como premio para que aquellos grupos de trabajo que excedan el presupuesto de las metas fijadas y frente al tema si es salarial o no salarial en la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia 39475 del 13 de junio del año 2012 señaló que la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia de salario deje de serlo posición reiterada en la sentencia SL 1798 del año 2018 donde además se señaló que en aplicación del artículo 53 constitucional y el convenio 95 de la OIT aprobado en Colombia en la ley 54 de 1962 que más allá del rótulo que se le dé el salario todo lo que retribuye al servicio y que la vía del artículo 128 del CST no se puede utilizar para desnaturalizar un carácter salarial de ciertos pagos que realmente tienen una condición retributiva, por tal razón se desprende que los auxilios denominados como medios de transporte y el reconocimiento de equipos productivos entregaban al trabajador no para desempeñar la calidad de sus funciones sino como retribución a las ventas realizadas y el cumplimiento de metas es decir a criterio de este despacho se entregaban era para retribuir el servicio del señor Javier Gregorio Prada, considera entonces el despacho que tales conceptos se encuadran en los elementos integrantes del salario según lo señalado en el artículo 127 del CST, resultando ineficaz las cláusulas que los pactaron como no salarial, esto porque está acreditado plenamente que el demandante realizaba la labor y que en función de esa labor por el cumplimiento de metas le entregaban estos

beneficios atendiendo su desempeño en la labor que realizaba para Gol RH, por tal motivo es fácil concluir que esos conceptos denominados medios de transporte y reconocimiento y equipos productivos debe tenerse como base salarial para efectos de la determinación de las demás prestaciones devengadas por el trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo y en ese sentido entonces se procede a verificar las sumas devengadas por el demandante para realizar los cálculos respectivos conforme los comprobantes aportados por Gol RH y en dicha documental que reposa en el expediente en la contestación efectivamente consta que en la mayoría de los meses el señor Javier Gregorio Prada devengó dichos conceptos una vez verificada cada uno de esos conceptos después de realizar las sumatorias de cada uno de los meses y sacando los cálculos anuales devengados por el trabajador de acuerdo o incluyendo estas sumas el despacho tiene las siguientes cantidades o valores como salario promedio devengado por el demandante durante el año 2014 al año 2017, esto como le indiqué se obtuvo de la sumatoria mes a mes de los valores recibidos por el demandante por concepto de equipos productivos y medios de transporte pues que sumados con los conceptos salariales ya determinados durante la vigencia del contrato laboral se obtiene unos promedios.

Tenemos igualmente y dado que se efectuaron aportes pensionales y a salud por valores inferiores a los realmente devengados por el demandante se ordenará a la demandada Gol RH y de forma solidaria salud total EPS a pagar las respectivas diferencias ante el fondo de pensiones Porvenir y a la EPS salud total donde se encontraba afiliado al demandante durante la vigencia del contrato de trabajo según comprobantes de pagos de aportes que se encuentran a folios 596 y siguientes como lo indique tiene que hacerse la reliquidación de los aportes atendiendo los salarios establecidos por el despacho del año 2014 al año 2017, igualmente el demandante está reclamando sanción por la no consignación de cesantías fondo y dichas sanciones está contenida en el artículo 99 de la ley 50, en este caso no se discute que el empleador no haya consignado las cesantías al respectivo, en la fecha indicada lo que se controvierte es que la consignación no se hizo sobre el valor total de lo realmente devengado es decir que al reclamarse es una reliquidación a criterio del despacho no se puede aplicar la sanción mencionada toda vez que ella castiga es al empresario renuente en la consignación de dicha prestación contrario a lo debatido en este proceso porque en su momento recordemos que Gol RH S.A.S realizó la consignación de cesantías de acuerdo con lo contenido en la demanda razón suficiente entonces para absolver a la demandada de esta pretensión.

Sanción por no pago de intereses a las cesantías; frente a esta sanción también se absolverá porque si bien no fueron pagados completamente dicho concepto se pagó en su oportunidad no resultando viable la sanción establecida en la ley 52 de 1975 reglamentada por el decreto 117 del 76 hoy artículo 2. 2.1. 3.8 del decreto 1072 del año 2015 decreto único reglamentario del sector trabajo es decir que esa sanción únicamente aplica para cuando no se pagan intereses de las cesantías, no cuando existe re liquidación, en este caso hubo pagos de intereses a las cesantías eso estaba plenamente probado en los comprobantes que aportó Gol RH y en esa medida pues entonces no es viable porque el re liquidación conlleva es otras implicaciones, pero frente a estas sanciones procedentes.

Indemnización del artículo 65; sobre este aspecto entonces el tema no es de aplicación automática que la buena o mala fe del empleador no está ni se refleja en el mayor menor valor de lo que se debe si no en la conducta que asume el empleador, por eso se ha considerado que para la red de aplicación de la sanción moratoria deben los operadores judiciales valorar ante todo la conducta asumida por el empleador que no satisface a la extinción del vínculo laboral y las obligaciones a su cargo valoración que debe hacerse desde luego con los medios probatorios específicos del proceso que se examina, esto es una redacción que está contenida en la sentencia 24397 del 13 de abril del año 2005 reiterada a su vez en la 39475 del año 2012 y SL 1798 del año 2018.

En el caso tenemos como actos que Gol RH menciona que actuó con la convicción de que las sumas pactadas como no salariales se encontraban amparadas por imperio de la ley y si se revisa nuevamente los salarios establecidos en la presente sentencia tenemos que casi el 40% de lo realmente devengado no se le tuvo en cuenta como factor salarial al demandante, para el año 2015 se obtiene un salario devengado de un salario promedio de \$1.757.521 el porcentaje supera al 100% del salario devengado y para el

año 2016 ocurre lo mismo entonces tenemos que aquí que el factor salarial en promedio pues era superior al 50% de lo realmente devengado por el trabajador y sobre ese aspecto pues el despacho no puede aceptar como actos de buena fe que se haya pactado como no salarial sumas que superan incluso en determinado año más del 100% de salario básico del demandante lo que permite concluir que fueron denominados así para desconocer la real situación salarial del demandante y no pagar las prestaciones de los montos respectivos conforme lo establecen las normas laborales; por tal razón a juicio del despacho la conducta asumida por la demandada Gol RH S.A.S., no resulta válida para efectos de exonerarse de la indemnización consagrada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo la cual para el presente caso resulta viable, sin embargo y no se puede pasar por alto que conforme al artículo 65 del CST, cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales dentro de los 24 meses siguientes al vencimiento del contrato de trabajo el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora, la solución de los análisis y prestaciones sociales sino a los intereses moratorios a partir de la terminación del contrato de trabajo a la tasa máxima de créditos certificada por la Superfinanciera así no tiene establecido de acuerdo con la interpretación que se le ha hecho esa norma la Sala de Casación Laboral de la CSJ del 3 de mayo 2011 radicado 38 177 reiterada por la misma sala de casación sentencia del 25 de julio de 2012 46385 y en la sentencia SL 3274 del año 2018, en este caso tenemos que el contrato de trabajo se terminó el 26 de febrero del año 2017 y la demanda fue radicada el 21 de marzo del 2019 folio 354 por lo que al excederse los 24 meses que señala la norma pues no hay lugar al reconocimiento de la indemnización de un día de salario por cada día retardo sino al reconocimiento de intereses moratorios a la tasa máxima del crédito de libre asignación certificados por la superintendencia financiera desde el 27 de febrero del 2017 que es la fecha siguiente a la terminación del contrato y hasta cuando el pago de la re liquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios se verifique condena que así se registrará en la parte resolutive de esta providencia.

Indexación: para efectos de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda por efecto de la inflación las sumas que deberá pagar la demandada al actor por concepto de liquidación de vacaciones deben ser indexadas desde el momento en que se hicieron exigibles esto es desde el 27 de febrero del año 2017 hasta la fecha en que se acredite el pago tasada de acuerdo al IPC certificado por el Dane que por ser un hecho notorio no requiere prueba igualmente la demandada deberán ingresar el pago de los aportes pensionales y salud desde el día siguiente al mes en que se causó dicho aporte hasta la fecha del pago efectivo, pago que como lo indique no es para el demandante sino para el fondo de pensiones y para la EPS donde se encontraba afiliado el señor Javier Ruiz.

En el tema de la prescripción está contenido en el artículo 488 del CST y artículo 151 del CPTSS en ese sentido se tiene que la terminación del contrato de trabajo se efectuó el 26 de febrero del año 2017 a partir de esa fecha el demandante tenía 3 años para demandar o en su defecto para presentar las correspondientes reclamaciones ante las demandadas como quiera que se presentó la demanda el 21 de marzo de 2019 esto es dentro del término de 3 años conservado en la norma es por lo que se concluye que la acción no está cobijada con el manto de la prescripción, sin embargo al ser algunas de las pretensiones de carácter periódico definidas aquellas como el patrono o aquellas que el patrono está obligado a pagar mientras esté vigente el contrato de trabajo en forma continua y repetida resultan en este caso prescritas aquellas no reclamadas en los 3 años de la prescripción ordinaria es decir aquellas cuya causación se efectuó 3 años antes de la presentación de la demanda esto es antes del 26 de marzo del año 2016, al revisar las prestaciones a reconocer considera el despacho que solo la prima de servicios se encuentra afectada con el fenómeno de prescripción conforme a lo siguiente; frente a la prescripción del auxilio de cesantías la sala laboral de la honorable corte en sentencia del año 2010 ha señalado que el término de prescripción debe contabilizarse desde el momento de la terminación del contrato de trabajo que es cuando verdaderamente se causa o se hace exigible tal prestación eso está en la sentencia con radicado 34393, en este caso la reliquidación de cesantía se hizo exigible a partir del 27 de febrero del 2017 y es a partir de esa fecha que debe contarse el término prescriptivo, término que no se cumplió como quiera que vuelve y se repite la demanda se presentó en los 3 años siguientes a la terminación del contrato la misma

suerte entonces ocurre con los intereses a la cesantías dado que al ser un derecho accesorio corre la misma suerte del derecho principal y en lo que tiene que ver con las vacaciones se desprende del artículo 189 que estas solo podrán ser compensadas en dinero cuando el trabajador quede retirado definitivamente del servicio sin hacer o sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta ese entonces.

Luego en ese entendido el derecho a obtener la compensación de las vacaciones se hace exigible una vez finalizado el contrato razón por la cual pues tampoco se encuentra cobijado con el fenómeno de la prescripción. La indemnización moratoria concedida por el despacho se hizo exigible también al mismo momento de la terminación del contrato, motivo por el cual no está afectada por el fenómeno prescriptivo, menos aún la reliquidación de aportes dado que también se hizo dentro de los 3 años siguientes, no siendo viable aplicar ningún termino prescriptivo pero frente a la prima de servicios si esta no se reclama a los tres años de su causación resultan afectados con el fenómeno de prescripción, por tal razón fácil es concluir que la excepción de prescripción debe prosperar de forma parcial sobre esta prestación por aquellos valores causados antes del 21 de marzo de 2016 advirtiendo que la prima de servicios del primer periodo de 2016 se causó en junio del mismo año por lo que esta no está prescrita, en consecuencia la reliquidación sobre la prima de servicios causada desde enero 2014 hasta diciembre de 2015 se encuentra prescrita.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Teniendo en cuenta lo planteado por el despacho en sentencia me permito manifestar que a pesar de que comparto el criterio frente a la interpretación de los aspectos de intermediación laboral indebida presentados por la demandada Salud Total frente a los servicios personales presentados por el demandante a través de la CTA, sin embargo no comparto y me aparto de las cifras y conceptos evaluados en sentencia partiendo del principio que si bien es cierto inicialmente como lo concreta el despacho dentro de su análisis jurídico probatorio la demandada Salud total tenía una intermediación indebida frente al proceso al cual estaba vinculado el demandante a través de la CTA Talentum, lo cierto es que en virtud de ello con fundamento en el principio de y la consideración que se plantea frente al contrato evidentemente la vinculación del demandante a la continuación frente a la relación realizada por Gol RH indica exactamente las mismas circunstancias y en virtud como lo ha dicho el despacho la demandada Salud Total ha presentado la vinculación del demandante a través de Gol RH directamente por un compromiso adquirido ante el ministerio de trabajo frente a una formalización laboral que si bien es cierto el despacho considera que debidamente se le protegieron el derecho fundamentales del demandante lo cierto y concreto es que no es así la debida tercerización laboral que si bien es cierto como lo dice debidamente la realizo la demandada salud total frente a una cooperativa de trabajo no propia es que frente a Gol RH se presentaba igualmente estos aspectos y es que el despacho para establecer la legalidad de la vinculación se basa específicamente en lo expuesto en el decreto 1485 del 94 concretamente en el artículo 18 donde el despacho analiza sesgadamente frente a la interpretación del Art que está dada o atribuida a la facultad a Salud Total para poder tercerizar este proceso, lo cierto es que la norma en concreto no ha sido analizado a profundidad, entonces si podemos ver concretamente dentro de ese artículo 18 está estableciendo que las pes podrán promover la afiliación por conducto de instituciones financieras e intermediarios de seguros, no cualquier tercero sometidos incluso y debidamente a la supervisión permanente de la Superintendencia Bancaria, aquí finalmente el despacho no anuncio, ni puso de presente que evidentemente para la legalidad como tercero podría o tenía esta calidad de Gol RH de la supervisión de la Superintendencia Bancaria para poder desarrollar estas labores, entonces este requisito que lo pasa por alto el despacho sin embargo pues considera evidentemente la tercerización de Gol, igualmente pasa por alto la interpretación del parágrafo del mismo artículo que significa ello que en el convenio y que en la forma expresa debe estar autorizado esta entidad por las entidades de salud correspondientes, circunstancia que no tiene ninguna alusión Gol RH, aquí el despacho eludió la responsabilidad de Salud

Total diciendo que las actividades desarrolladas por Gol RH eran totalmente independientes y que no le asistía ninguna responsabilidad solidaria, aquí el mismo artículo dice que no puede desentenderse de las actividades comprometen su responsabilidad, omite el despacho igualmente analizar el aspecto contractual con el cual se desarrollan estas actividades de gestión para Salud Total por el demandante a través de Gol RH mediante el contrato de mandato que como lo decía dentro de los alegatos de conclusión está establecido en el Art 21 del código civil, entonces aquí no es posible considerar frente a estos aspectos incluso de negociación incluso en la responsabilidad que asume la misma ley 100 del mismo decreto que analiza el despacho 1485 que las obligaciones directas de las EPS son entre ellas, la prestación obligatoria de salud y las afiliaciones no podemos despreciar esta obligación que tienen las entidades de seguridad social máxime cuando están regidas por una normatividad específica, entonces este contrato de mandato significa que sea una tercerización válida, el mismo contrato marco por el cual se desarrollan estas actividades a través de Gol es que están estableciendo directamente que la tercerización que se hace a través de Gol es en representación de Salud Total, no a título propio en nombre y representación de Salud Total circunstancia que es totalmente suficiente para considerar; máxime que ha sido presentado ante el Ministerio de formalizar a sus trabajadores una vinculación directa como lo plantea el despacho y rompe el vínculo contractual entre la antigüedad de la cooperativa y que a distancia el despacho dice que esta nueva vinculación no trasgrede ningún derecho protegido laboral del demandante cuando evidentemente le están quitando toda la antigüedad y toda la trazabilidad que el demandante venía desarrollando frente a sus labores para Salud Total y evidentemente el juez se está estableciendo un contrato y por el otro lado una obligación solidaria porque le estaba prestando los servicios, esto no comporta una razonabilidad frente al desarrollo real y cómo sucedieron las cosas totalmente para establecer que realmente existía un verdadero contrato y que debe ser estructurado de esa manera.

Por consiguiente el despacho considera desfavorablemente las pretensiones invocadas frente al pago de las cesantías y la consignación de la cesantía ante el fondo respectivo a distancia de la cooperativa diciendo que no se demostró debidamente por la parte actora los valores recibidos sin embargo debemos recordar que las cargas probatorias asumidas por la parte que represento son establecer evidencia de un contrato o la prestación de un servicio y que por consiguiente cumplida mi carga procesal debe ser por estancia de las demandadas o la demostración que los pagos fueron realizados, en este caso las cesantías no fueron consignadas porque a estancia de las cooperativas de trabajo asociado no realizaban estos pagos, este aspecto que resaltaba el despacho para poder vincular a la demandada o a la presunta cooperativa Talentum que debería hacer parte de este proceso, que debemos analizar porque no hace parte de este proceso y es que precisamente corrieron a liquidar la cooperativa para quebrantar los derechos del demandante y no tenemos como probar los valores de salario y de reconocimiento por parte de esta cooperativa de trabajo asociado pero esto no puede ser premiado por la justicia frente a la omisión de deber que si bien establecen un contrato realidad con Salud Total pues si bien establece las cargas probatorias como el mismo demandado Salud Total trae como testigo al proceso, el trabajador que desempeñaba los servicios de Talentum pero no trae la documentación que si deberían ser óbice para el reconocimiento, me carga el despacho esa ausencia probatoria de mis cargas probatorias como no es cierto y el deber probatorio o la responsabilidad era asumirla por parte de Salud Total, por esa circunstancia no existe un pago o una consignación de las cesantías, se deben realizar la condena frente al pago de las cesantías y el juzgado lo ha desglosado correctamente por ende que a la terminación de la vinculación deberían haberse despachado favorablemente esas cesantías, igualmente la consignación de las no cesantías frente a la cooperativa de trabajo pues no han sido reconocidas desde ese aspecto

Frente a los aspectos despachados frente a Gol RH hace una liquidación pues por la eventualidad de la virtualidad no se demuestran dentro del análisis jurídico de donde salen las sumas de reliquidación y que dice que solo existía una diferencia entre el salario pagado de 778.000 a un salario real promedio de 1.000.000 de pesos, estos aspectos no son ciertos y no entiendo y solicitaría por virtud del recurso de apelación a que el honorable tribunal establezca y re liquide directamente cual es la base salarial deprecada del demandante teniendo en cuenta que como lo planteamos en la demanda

mes a mes y año a año frente a los rubros reconocidos y recibidos por el demandante los promedios son muy superiores partiendo de que los promedios salariales partíamos de una base de 700.000 mil pesos y los promedios que devengada desalarisadamente superaban hasta el doble por consiguiente las sumas que finalmente el despacho data como salarios base para poder re liquidar las prestaciones sociales como prima de servicios, cesantías, intereses de cesantías y vacaciones pues no comportan la legalidad ni me causan la matemática suficiente para poder desentrañar que estos valores eran objeto de reliquidación y el despacho establece como una suma pagadera sin embargo pues tenemos que recordar que son varias anualidades y que se debió establecer por el despacho de manera individual cuanto era el valor a resolver de manera individualizada por cada uno de los años de la demandada frente a cada uno de los derechos de reliquidación considerando obviamente que me acojo a la interpretación debida frente a la ilegalidad de la desalarización de los conceptos laborales sin embargo no asumo y presento apelación frente a las cifras.

Frente a la no consignación de las cesantías, en lo que respecta a Gol RH parto de una existencia única de contrato relacionado pues finalmente no comparto la interpretación del despacho frente a que la obligación de la consignación de las cesantías se cumplió por parte de la demandada al pagar unas cifras parciales de cesantía y que con ello a cumplió el mandato del artículo 99 de la ley 50 del 90 y contradice el despacho la terminación anterior planteando con que comparto a la fe de la demandada al intentar superar su responsabilidad del pago completo tanto al considerar el despacho que es válidamente porque pagó parcialmente la consignación ante la cesantía, entonces no es óbice de mala fe por incumplimiento, este aspecto no es dable la interpretación deprecada por el despacho, tampoco es considerada por la CSJ frente que como yo consigno una parte entonces estoy considerando cumplir con la norma y como me falto un pedazo no importa pero finalmente yo cumplí con el mandato, me aparto de esa interpretación para que el tribunal superior disponga lo pertinente.

En cuanto a la sanción moratoria del artículo 65, el despacho interpreta que en virtud de que pasaron 24 meses con posterioridad a la desvinculación del demandante para la presentación de la demanda según el criterio el despacho sostiene que la jurisprudencia dada por la corte establecen que no se deben liquidar las sanción moratoria frente a un día de salario y que debe ser solamente liquidado frente a aspectos de salarios moratorios, esta es una interpretación no tuve el direccionamiento para leer las jurisprudencias que hace alusión el despacho pero que considero no son debidamente interpretadas, la CSJ ha considerado esta interpretación y que el artículo 65 establece es que los intereses moratorios y lo dice en la parte del mismo, a partir de la iniciación hasta cuando el pago se verifique son los intereses, en ninguna parte ha dicho que si yo me paso de los 2 años la interpretación debe ser que no le reconozco el día de salario, la interpretación debida frente al artículo 65, es día de salario por cada día que deje de pagar y que como presentó la demanda a partir del mes 25 se liquidaran intereses moratorios, eso es lo que dice la literatura del artículo y que por virtud si se presenta dentro de los 2 años la interpretación correcta es que el día de salario corre y no tranca el mes 24 sino que continúan hasta el pago, entonces solicito al honorable superior se disponga re liquidar o interpretar debidamente la aplicación del artículo 65, solicito que se re liquiden las bases salariales para el pago de los aportes a pensión y evidentemente teniendo en cuenta la variación del resultado de las resulta del presente proceso, las costas procesales tienen que ser re liquidadas y tasadas de manera diferente conforme a los criterios que se tengan en la aplicación de las sanciones, en esos términos dejo planteada la apelación.

Salud Total EPS indicó en su recurso:

No compartimos las consideraciones efectuadas que llevó a su señoría a la conclusión indicada en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre el 7 de septiembre de 2011 hasta el año 2013 de diciembre, consideramos que el análisis no es correcto frente a la normatividad y a la tercerización de intermediación laboral, el despacho no encontró desvirtuada la presunción del artículo 24 del CST en cuanto el objeto contractual que tuvo mi representada con la cooperativa de trabajo Talentum, es una actividad para el despacho que corresponde que dichas actividades no podían ser delegadas a un tercero

o cooperativa de trabajo asociado del decreto 4588 del 2006, así como el artículo 63 de la ley 1429 de 2010 consideramos que tal análisis no es correcto y no corresponde al análisis que se ha hecho sobre este articulado, inicialmente quiero hacer énfasis es que las cooperativas de trabajo en este caso si estaba totalmente por mi representada que la función de comercialización del plan obligatorio de salud pudiera estar en cabeza de un tercero y en ningún momento podía limitarse hacia un tercero o no, las actividades en su artículo 6 las cooperativas de trabajo asociado tienen completamente autorizado las condiciones para contratar con terceros y cuál es la única condición que establece este decreto 4588, la condición es que se le delegue la totalidad de un proceso y los procesos que se piensen delegar, acá su señoría lo que se puede evidenciar que se da a través del objeto comercial y mi representada y la cooperativa es que se entregó la totalidad de un proceso comercial y esta incluía unos subprocesos, entonces el único requisito que se establece para poder contratar con terceros es que se dé la posibilidad de la totalidad de un proceso y subproceso, luego establece que el artículo 63 de la ley 1429 de 2010 está prohibido que las CTA desarrollen actividades de índole permanente o de las empresas que pretendan tercerizar esta situación, esa interpretación es equivocada y no está acorde a la legislación nacional y al imperio de la ley que se debe estar sometido porque tal como lo indica el artículo 63 de esta normatividad se señala que ninguna empresa pública o privada puede contratar actividades misionales a través de CTA que hagan intermediación laboral ósea la prohibición es incurrir en una intermediación laboral a partir de este artículo, se expidió un decreto que es el 2025 del 2011 el cual en el ejercicio de la nulidad simple a través del consejo d estado se decretó la nulidad del mismo y para ello el consejo de estado ha señalado en sentencia de radicado 2011-390 declaró la nulidad de este decreto 2025 y señaló que las cooperativas están autorizadas por ley para realizar actividades misionales o no misionales y la única prohibición que tienen estas cooperativas es que no se utilicen como actividades de intermediación laboral, no es la naturaleza de la contratación la que establece la intermediación laboral sino la actividad que desarrollan sus trabajadores asociados, fue delegada la actividad de subordinación a través de la empresa contratista, situación que consideramos que a través de todo el material probatorio que se practicó en el presente proceso es absolutamente claro que la CTA desarrolló esta actividad como una tercera con total autogestión y autonomía como lo indica este decreto 4588 luego la actividad misional situación que entre cosas no aceptamos que sea una actividad misional porque claramente el artículo 177 de la ley 100 establece cuales son las actividades misionales de las EPS y así que no es una actividad misional todas las actividades de comercio, permitió esta delegación a través de un tercero; en gracia a discusión si esto fuera una actividad realmente misional pues la misma tampoco está prohibida, porque la única prohibición a través de esto de la ley 79 del decreto 4588 y a través de estos decretos 2025 que finalmente fueron nulos por el consejo de estado en su momento quedó absolutamente claro que es la intermediación laboral la que está prohibida y aquí quedo demostrado que el demandante desarrolló su actividad a través de sus propios asociados tal como lo confesó a través del interrogatorio de parte y como los mismos testigos lo dijeron pues claramente la estructura de la CTA, se estableció para el desarrollo de ellos mismos, situación por la cual solicito respetuosamente al tribunal se tenga en cuenta estas circunstancias y se valore estas pruebas especialmente la testimonial y el interrogatorio de parte en el cual claramente se estableció que los jefes inmediatos del demandante con nombres propios fueron nombrados acá como Andrés Peña, los gerentes de cuenta quienes coordinaban toda la actividad y tenían toda la potestad disciplinaria tanto en salud total como la cooperativa, Gol RH, luego no hay atisbo que Salud Total hubiera desarrollado esa actividad subordinante a través de un tercero cuando quedó demostrado acá esas circunstancias, solicitamos se revoque el numeral 1 y 2 de la parte resolutive de la sentencia en cuanto que claramente lo que existió fue una relación de otra índole con la cooperativa de trabajo y para ello le solicito al tribunal tenga en cuenta que las consideración del a quo en este caso no son acertadas en cuanto no existe una prohibición que sea una situación de un giro permanente de una actividad esto teniendo en cuenta las actividades del artículo 177.

Ahora bien en lo que respecta al numeral 5 pues también solicitamos se revoque este numeral en cuanto se condena de manera solidaria frente a los rubros que se han demostrado por Gol RH como empresa contratista, el artículo 34 del CST establece la solidaridad cuando la empresa contratista o cuando esta desempeña actividades que

no son extrañas al giro de las actividades de la empresa beneficiaria o empresa contratante, en este caso debe tenerse en cuenta su señoría que las actividades de salud total Eps son las de establecer la garantía del cumplimiento y la prestación del POS esto teniendo en cuenta el objeto contractual que se tiene con Gol RH S.A.S, el objeto misional es claramente el desarrollo de una actividad comercial en la cual mi representada no tiene experiencia ni tiene una capacidad para desarrollar por tal razón el decreto 1485 lo permite a través de un tercero realizar las mismas, teniendo en cuenta que las actividades de Salud Total no están encaminadas a lo que refiere a mercados ni actividades de comercialización, razón por la cual da la posibilidad que se establezca a través de un tercero, en ese orden consideramos que no se cumplen con los requisitos de la normatividad, artículo 34 del CST en cuanto a las actividades si bien tenemos la posibilidad de promover los beneficios de salud las actividades comerciales que es el objeto contractual como tal que se tiene con Gol RH no son las propias de la actividad misional de mi representada, en ese sentido no puede darse la aplicación de dicha figura laboral.

La demandada RH Gol S.A.S, señaló:

Mi recurso está relacionado con los numerales 4 considera que los medios de transporte y los equipos productivo son salario, también estamos en desacuerdo con el numeral 5 que habla de la reliquidación de las condenas por prima de servicios, cesantías, interés a la cesantía, vacaciones, intereses moratorios, indexación por vacaciones, también apelamos el numeral 6 relacionado con una parte de la excepción de prescripción y finalmente el numeral 8 de la condena en costas.

Por efectos de tiempo y para ser concreto acudo al tribunal solicitando que revoquen estos numerales con los siguientes aspectos; recordar que la posibilidad legal que tenía mi representada el demandante de establecer que algunos pagos fueran considerados no salariales y en este caso encontramos los medios de transporte y los productivos, cuáles fueron los fundamentos utilizados por mi representada y por el demandante para establecer que esos pagos eran no salariales.

En primer lugar, lo señalado en el artículo 128 del CST que establece que el trabajador y el empleador pueden fijar que pagos no sean constitutivos de salario tal cual como quedó acreditado en este proceso con la suscripción del contrato de trabajo firmado entre mi representada y el demandante, en segundo lugar tenemos el artículo 17 de la ley 344 de 1996 que establece sobre los pagos no salariales no hay que hacer pagos a prestaciones sociales ni tampoco a la seguridad social, en tercer lugar un aspecto muy importante aquí es el precedente judicial vigente para la fecha de los hechos que es la sentencia con radicación 32657 del 27 de mayo del año 2009 donde en un caso similar estableció que los medios de transporte deberían considerarse como pagos no constitutivos de salario, no olvidar también que este artículo 128 fue revisado por la Corte Constitucional en la sentencia C 591 de 1995 que estableció que esa norma si era totalmente válida y de acuerdo con nuestra CP, entonces ese es un primer aspecto por el cual mi representada con fundamento en esta norma jurídica y en esta jurisprudencia señalo y acordó con el demandante que esos pagos denominados medios de transporte y productivos no fueran salario, hay un segundo punto señalar y es que inclusive para tener en cuenta al momento de re señalar aspectos relacionados con la mala fe de mi representada como fue manifestado en este despacho al momento de condenar por intereses moratorios se dijo que si comparáramos las sumas las cuales se consideraban salario y las que fueron entregadas como no salariales pues obviamente observaba una mala fe de mi representada pero eso es ajeno y contrario a la realidad procesal por los siguientes factores;

1. El auxilio que daba Gol RH a mi demandante no era por afiliación era para cumplir con todas esas actividades y como lo dijo el en los testigos, ellos debían acudir a las empresas, diferentes instituciones y al acudir allá pues mi representada les facilitaba los medios para ir a esos sitios, que está claro que el contrato de trabajo es un fiel reflejo de lo que paso.
2. En ninguna parte hay una comunicación o carta del demandante donde hubiera estado en desacuerdo con los pagos no posible salario lo cual muestra la buena fe de mi representada.

3. *Estos contratos de trabajo que fueron firmados por Gol RH S.A.S y por el demandante y que fueron contratos que no solamente si pasaron por el filtro del trabajador y la empresa, sino que también fueron revisados al interior del Ministerio del Trabajo al momento de revisar los acuerdos de formalización, inclusive si miramos las pruebas en un acta de seguimiento del 18 de noviembre de 2016 que reposa en este expediente el consejo del trabajo certificó que a los trabajadores que habían sido vinculados a Gol RH no se le habían desconocido y desmejorado sus condiciones laborales esto quiere decir que mi representada con el convencimiento que tenía es evidente que estaba apegada a la norma vigente para el momento lo cual no se puede hablar de mala fe de mi representada.*
4. *Lo relacionado con la prescripción es importante tener varios aspectos que inclusive el despacho judicial lo dijo en el recorrido, aquí se está hablando de reliquidación de derechos laborales y de seguridad social, cuando hablamos de reliquidación deben valorar lo que dicen las normas o la jurisprudencia, debemos contar los tres años momento en el cual la prescripción se ha hecho exigible por ejemplo si hablamos de una prima de servicio en el año 2014 pues evidentemente que para julio de 2014 contamos los tres años y así sucesivamente.*

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que no hay discusión en cuanto a la prestación del servicio del actor a órdenes de la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum y la sociedad GOLD RH S.A.S., la que quedó probada con documentales visibles a folio 207 del plenario, esta contentiva del compromiso contractual asociativo suscrito entre la primera Cooperativa en mención y el actor a partir del 7 de septiembre de 2011, no ofreciendo reparo que dicha prestación del servicio por parte del actor para GOLD RH S.A.S., lo fue a través de contrato a término indefinido, que tuvo lugar entre el 1 de enero de 2014 al 26 de febrero de 2017, como lo certifica la demandada en mención a folio 236 del plenario.

Al respecto y si bien la ponente venía señalando en casos en que había similitud de convocadas bajo la figura de convenio de asociación, que no se configuraba la existencia de un contrato respecto de la entidad de salud a la cual el trabajador prestó el servicio, lo cierto es que esta postura se ha mantenido en cuanto a los trabajadores que se desempeñan como médicos, profesión de carácter liberal, diferente a lo que sucede para el caso del demandante, quien gestionaba las afiliaciones de la demandada Salud Total EPS, labor directamente ligada con el objeto social de esta última.

Conforme lo señalado en precedencia y acogiendo los postulados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1430 de 2018, oportunidad en que estudio un caso de similares contornos al objeto de pronunciamiento, concluyendo la existencia de una verdadera relación

laboral respecto de la EPS para la cual se prestó el servicio, en dicha ocasión manifestó:

1.- Está acreditado que Harold Ever Arango en vigencia del contrato de trabajo suscrito el 16 de junio de 1998 (f.° 26 a 32), desempeñó «las funciones de ASESOR DE VENTAS de los servicios que SALUD TOTAL ofrece al público, en la ciudad de PEREIRA» y, entre otras, en la cláusula segunda se obligó a brindar información veraz y completa a los «posibles beneficiarios y a los beneficiarios efectivos del Plan Obligatorio de Salud», «comprometerse con el estricto cumplimiento de la metas de afiliaciones que se establezcan obteniendo los resultados esperados y manteniendo el número neto de usuarios presupuestado para su zona» y «propender por el desarrollo y mantenimiento de los nuevos mercados».

Igualmente, se evidencia que en vigencia del convenio asociativo que inició a partir del 13 de junio de 2003, día siguiente en que supuestamente terminó el vínculo subordinado, el actor continuó en el desempeño de la misma actividad. En efecto, conforme a la «OFERTA MERCANTIL» (f.° 273 a 278) presentada por Colaboramos CTA y aceptada por la EPS el 29 de mayo del mismo año (f.° 279), se convino como objeto contractual «prestar a SALUD TOTAL EPS los servicios relacionados a continuación: INTERMEDIACIÓN PARA COLOCACIÓN DE PLANES DE SALUD EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL en las siguientes ciudades; Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla, Pereira...».

A su turno, en el «ACUERDO COOPERATIVO DE TRABAJO ASOCIADO» (f.° 58 y 59) se estipuló en cláusula cuarta que el trabajador asociado se comprometía a «vincular su trabajo personal para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, en la forma autogestionaria que organice COLABORAMOS en su unidad estratégica de negocios de SALUD TOTAL E.P.S.»; hecho que se ratifica con las certificaciones de folios 61 a 63, que informan que el señor Arango prestó sus servicios en la unidad estratégica de Colaboramos CTA en la EPS como «ASESOR EN SALUD» y «GERENTE DE CUENTA», en tanto que «hace parte del personal que la Cooperativa tomó y que venía laborando en salud Total EPS desde el 16 de junio de 1998», cuya labor ejecutó hasta el 1.° de mayo de 2006.

Idénticas labores desplegó el accionante cuando inició el 2 de mayo de 2006 con Talentum CTA, como se desprende del «COMPROMISO CONTRACTUAL ASOCIATIVO» que en su cláusula quinta estableció como funciones, brindar información veraz y completa a los «posibles beneficiarios y a los beneficiarios efectivos del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S) sobre las coberturas y servicios», «comprometerse con el estricto cumplimiento de la metas de afiliaciones que se establezcan» para su zona y «propender por el desarrollo y mantenimiento de los nuevos mercados», (f.° 95 a 100).

Lo precedente también se infiere del contrato de prestación de servicios celebrado con la EPS (f.° 521 a 528), el contrato civil de comodato (f.° 529 a 543), la oferta mercantil de «prestación de servicios para el manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos asistencial, operativo, **comercial** y jurídico» (f.° 544 a 612) y las certificaciones de folios 101 a 104 en las que se dejó constancia que el actor desarrolló las labores de «GERENTE DE CUENTA» en «SALUD TOTAL PEREIRA» y «viene laborando con la EPS Salud Total desde el 16 de junio de 1998 con la CTA Colaboramos, retomado por la CTA Talentum», cargo que vale la pena anotar hace parte de la fuerza comercial según oferta mercantil, cuya actividad se extendió hasta el 30 de abril de 2010 por renuncia del trabajador (f.° 705).

De conformidad con las pruebas hasta aquí relacionadas, se concluye que la actividad de mercadeo y captación de clientes o posibles beneficiarios del plan obligatorio de salud ofrecido por la EPS como actividad principal de su objeto social es, en esencia, la misma actividad que ejercía el trabajador desde el junio de 1998. Lo que significa, que el actor al pasar de una vinculación laboral directa con la entidad promotora de salud a un proceso que aparentemente fue tercerizado, mantuvo las mismas funciones de manera habitual, subordinada y sin solución de continuidad.

En otros términos, existe plena coincidencia entre las funciones que desplegó el actor en Salud Total EPS y las que luego desarrolló en las cooperativas de trabajo asociado Colaboramos y Talentum, las cuales, vale subrayar, son del giro permanente de las

empresas promotoras de salud, ya que guardan relación con una de sus tareas ordinarias: la promoción de la afiliación a través de su fuerza comercial, actividad que por su naturaleza cae dentro del espectro de dirección, administración y control de la EPS.

En adición a lo expuesto, la Sala encuentra que las actividades ejecutadas por el demandante lo fueron de manera subordinada, habida cuenta que el trabajador estaba sometido a un estricto horario de trabajo en las instalaciones de la EPS, como se colige del compromiso contractual asociativo suscrito entre el demandante y Talentum CTA, en el que se estipuló que el trabajador asociado prestaría los servicios «en el horario de 7:30 AM a 6:00 PM» en la unidad «Estratégica de Negocios de TALENTUM en SALUD TOTAL E.P.S» (f.º 95); igualmente, en la oferta mercantil presentada por Colaboramos CTA y aceptada por Salud Total EPS, se plasmó como objeto contractual la organización de los «asociados en los diferentes horarios» para la prestación de los servicios (f.º 273 a 278).

En este mismo documento Salud Total S.A. se comprometió al suministro de dotación por intermedio de la cooperativa al establecer, que «COLABORAMOS suministrará al asociado las dotaciones necesarias para el desarrollo del trabajo y su valor será incluido en las facturaciones siguientes de los servicios objeto del contrato»; a la par, en la oferta mercantil presentada por Talentum CTA a la EPS se acordó que esta última asumía «los gastos que demanden la movilización de los trabajadores y/o asociado» e inclusive Salud Total se reservó el poder de pedir «sustitución del (los) trabajador (es) asociado(s) que no cumplan con los estándares de servicio, de atención y de idoneidad exigidos» (f.º 544 a 611).

Cabe destacar que las cooperativas no se servían de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor, pues utilizaban los elementos de trabajo y acondicionamientos físicos de la EPS, tal y como se extrae de los contratos civiles de comodato celebrados con las cooperativas que señalan: «EL COMODANTE entrega a EL COMODATARIO y éste (sic) recibe de aquel, a título de comodato o préstamo de uso los bienes muebles que se relacionan en el inventario anexo a este contrato» (f.º 280, 281 y 529 a 540).

Luego Salud Total EPS disponía de la fuerza de trabajo de sus asociados al tener la facultad de remplazarlos e imponerles el cumplimiento de un horario de trabajo a través de lo que se denominó «Unidad Estratégica de Negocios», lo cual no era más que un rótulo construido para designar a esa EPS, quien suministraba el valor de la dotación de sus asociados y era dueña de los medios de producción.

Por consiguiente, al amparo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (at. 53 C.P.), se tiene que las mencionadas cooperativas actuaron como simples intermediarias, como quiera que quien organizaba, controlaba y se beneficiaba de los servicios prestados por el demandante era Salud Total EPS, empresa que se comportó como un verdadero empleador al ejercer el poder subordinante, lo cual hace que el nexo resulte de stirpe laboral desde el 16 de junio de 1998.

Para el caso del señor Javier Prada, se tiene que conforme convenio asociativo suscrito con Talentum CTA y visible a folio 207 del plenario, le fue encargado: *brindar información veraz y completa a los posibles beneficiarios y a los beneficiarios efectivos del Plan Obligatorio de Salud», sobre las coberturas y servicios, comprometerse con el estricto cumplimiento de la metas de afiliaciones que se establezcan obteniendo los resultados esperados y manteniendo el número neto de usuarios presupuestado para su zona, propender por el desarrollo y mantenimiento de los nuevos mercados (...)*

De igual forma y en lo que respecta a su vinculación con GOLD RH S.A.S., a folio 240 de documental contentiva de contrato de trabajo suscrito entre este y la demandada para la prestación del servicio a favor de la demandada Salud Total EPS, en la cláusula SEXTA del mismo se detallan las funciones en el marco de dicho contrato encomendadas al actor, entre las que se encuentran: *brindar información veraz y completa a los posibles beneficiarios y a los beneficiarios efectivos de los Planes y programas que se ofrecen, cumplir con las metas de afiliación que se establezcan obteniendo los resultados esperados y manteniendo el número neto de usuarios presupuestado para su zona, propender por el desarrollo y mantenimiento de los nuevos mercados .*

De lo anterior, se logra determinar con claridad que contrario a lo señalado por Salud Total EPS en su recurso, esta y las Cooperativas en mención, sí incurrieron en intermediación laboral, ya que se probó que el actor ejecutó una labor propia del objeto social de la Eps en mención, como lo es la promoción y manejo de las afiliaciones de esta, siendo los afiliados al Régimen Contributivo en Salud, la razón de ser de las Entidades Promotoras de Salud como lo es la demandada Salud Total.

No obstante ello, se evidencia que como lo pone de presente la decisión de primer grado y la parte demandante en su recurso, al trámite procesal no se convocó a la CTA Talentum, por cuanto como bien lo concluyó el juzgador de primer grado, dicha Cooperativa se encuentra con matrícula cancelada y su proceso de liquidación culminó desde el año 2015, por lo que no le era dable a este declarar la existencia de intermediación laboral de respecto de esta cuando no participó en el debate procesal, al no ser posible garantizar su comparecencia, así las cosas, se dispondrá **REVOCAR** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida.

Ahora, en cuanto al argumento del recurrente respecto de la absolución de Salud Total EPS, de la reliquidación prestacional pretendida, teniendo en cuenta para el efecto los rubros que devengó por concepto de medios de transporte y equipos productivos, se tiene que tal aspecto, no será objeto de modificación por cuanto en efecto, para la data en que el actor estuvo vinculado con Talentum CTA, esto es, entre el 7 de septiembre de 2011 al 30 de diciembre de 2013, no se demostraron las sumas que devengó por

tales conceptos teniendo este la carga de probar tal afirmación conforme lo señalado en el artículo 167 del CGP, la que no le correspondía a esa Cooperativa, cuando se itera, no fue siquiera llamada al trámite procesal porque desde el inicio del proceso, la parte interesada, esto es la demandante, no la convocó ni realizó manifestación alguna al respecto, de igual forma se itera, se encuentra liquidada y menos se puede predicar tal carga probatoria respecto de Salud Total, al ser una entidad distinta a la mencionada, máxime cuando el actor manifestó en su interrogatorio que durante el interregno temporal en mención, fue Talentum la que pagó las sumas derivadas del convenio asociativo, así como la liquidación final de este.

Es así como con apego al criterio jurisprudencial en cita y como se estudió en apartes anteriores, le asiste razón al recurrente demandante en cuanto a que las demandadas GOLD RH S.A.S., y Salud Total EPS incurrieron en intermediación laboral sin estar autorizadas legalmente para ello, pues contrario a lo señalado por la EPS en mención en su recurso, resulta suficientemente claro que las actividades realizadas por el actor en el marco del contrato de trabajo suscrito con GOLD RH S.A.S., como la promoción de las afiliaciones de esta, eran propias del objeto social de esa EPS, razón por la cual, se dispondrá **modificar** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de indicar que la relación laboral allí declarada respecto del demandante y Salud Total EPS, tuvo lugar entre el 7 de septiembre de 2011 al 26 de febrero de 2017, lo que impone igualmente **revocar** TERCERO de dicha decisión en cuanto a la declaratoria de contrato de entre el actor y GOLD RH S.A.S. entre el 1 de enero de 2014 al 26 de febrero de 2017.

Sentando lo anterior y respecto de la declaratoria como factor salarial de los denominados *medios de transporte y reconocimiento de equipos productivos* reconocidos por la demandada GOLD RH S.A.S., se tiene en cuanto al primer rubro, se encuentra descrito en la cláusula TERCERA de contrato de trabajo que suscribiera el actor con dicha sociedad en mención y de su sola lectura se establece que contrario a lo indicado por esta demandada en su recurso, sí retribuye el servicio y por ende, tal texto de la cláusula en mención, visible a folio 239 del plenario, se torna ineficaz; lo anterior por cuanto el pago del mismo, tiene como consecuencia la *gestión de afiliación*

efectiva que realice y actividades conexas; resultando claro que tal pago sí retribuía directamente el servicio para el cual fue contratado el actor, que se itera, fue la promoción de afiliaciones a la Eps Salud Total, el carácter salarial de dicho rubro, fue objeto de estudio por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en precitada sentencia SL1430 de 2018, en los siguientes términos:

En ese orden, no queda duda que los «incentivos de transporte» sí remuneran el servicio para el que se contrató al demandante, pues están directamente relacionados con la cantidad de afiliaciones efectivas a posibles beneficiarios del plan obligatorio de salud ofrecido por la EPS como actividad principal de su objeto social.

En cuanto al rubro de reconocimiento de **equipos productivos**, se tiene que no obra en el plenario documental que dé cuenta del fundamento para la concesión de tal concepto; no obstante ello y revisados los comprobantes de nómina aportados de folios 271 a 307 y 560 a 595, que fueran tenidos en cuenta para el cálculo la reliquidación objeto de condena, se observa que al actor sólo se le pagó de forma habitual el denominado pago *auxilio para medios de transporte* y el de equipos productivos bajo estudio, únicamente lo recibió en abril y mayo del año 2014, de lo que se concluye con claridad que este no fue recibido de forma habitual y por ende, no es posible considerarlo factor salarial en los términos del artículo 128 del CST., debiéndose **modificar** el numeral CUARTO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que únicamente el factor denominado *medios de transporte*, constituye factor salarial.

Conforme lo señalado en precedencia y si bien la parte demandante señala en su recurso que no se indicó por el juzgador de primer grado la forma de liquidar los rubros objeto de condena, lo cierto es que en su decisión este señaló con claridad la forma de obtener el promedio salarial anual del actor; no obstante ello y ante la conclusión a que se arribó de que el rubro *equipos productivos*, no constituía factor salarial, se impone la reliquidación de las sumas bajo estudio, para lo cual se indica que conforme liquidación descrita a continuación, el promedio salarial de 2014, no presenta mayor variación a pesar de que fue en esta anualidad que se recibió por parte del actor el rubro mencionado y no se tuvo en cuenta para el cálculo del promedio a que se alude:

AÑO	PROMEDIO SALARIAL	PRIMA	VALOR PAGADO	DIFERENCIA PRIMA	CESANTÍAS	VALORES PAG	DIFERENCIA CESANTÍAS	INTERÉS CESANTÍA	PAGADO	DIFERENCIA INT. CESAN	VACACIONES	PAGADO	DIFERENCIA VACACIONES
2014	1223646				1223646	824555	399091	146837,52	98947	47890,52	611823		
2015	1757521	PRESCRITO				1757521	852894	904627	210902,52	102347	108555,52	878760,5	
2016	1881960	1881960	879967	1001993	1881960	887750	994210	225835,2	106530	119305,2	940980		
2017	1511356	235099,822	188916	46183,8222	235099,822	188916	46183,8222	4388,53001	3526	863	117549,9111	997935	
				\$ 1.048.177			\$ 2.344.112			\$ 276.614			\$ 1.551.179

Así las cosas y al evidenciarse una diferencia entre los valores liquidados en primer grado como diferencias y la liquidación anterior, se **modificarán** los literales a. al e., del numeral QUINTO de sentencia recurrida, para en su lugar ordenar el pago a favor del actor de las siguientes sumas:

- a. \$1.048.476 por prima de servicios
- b. \$2.344.112 por cesantías
- c. \$276.614 por interés a la cesantía
- d. \$1.551.179 por vacaciones
- e. Al pago de reliquidación de aportes pensionales y aportes en salud desde el 1 de enero de 2014 al 26 de febrero de 2017, teniendo como salarios para el año 2014, la suma de \$1.223.646 y para el 2017 \$1.511.356; los demás no serán objeto de modificación por encontrarse ajustados a derecho.

Indemnización moratoria artículo 65 CST

Indica la sociedad GOLD RH S.A.S., que no incurrió en conductas constitutivas de mala fe; no obstante como se vio en el presente no se observa que su actuar se ubicó en el campo de la buena fe para ser eximida de la condena bajo estudio, ya que incurrió en actos de intermediación laboral sin estar autorizada para el efecto, demostrándose que en efecto el actor ejecutó labores propias del objeto social de la demandada Salud Total y por ende tal actuar debe ser sancionado con la indemnización bajo estudio.

Ahora bien, en cuanto a la interpretación de dicha disposición legal, se tiene que no le asiste razón a la parte demandante, por cuanto en efecto la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ entre otras en reciente sentencia SL 1639 del 11 de mayo de 2022, ha indicado que si la acción judicial es radicada luego de transcurridos 24 meses contados a partir de la fecha de terminación de la vinculación laboral, sólo procede la condena por concepto de intereses moratorios, así indicó en dicho pronunciamiento:

El criterio mayoritario de la Sala respecto del alcance e interpretación de esta disposición, es que para que proceda dicha indemnización, se debe instaurar la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo; **si ello no ocurre, el trabajador solo tendrá derecho a los intereses moratorios que dicha preceptiva prevé, a partir del mes 25**. Así se dijo en sentencia CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 36577, reiterada en la CSJ SL10632-2014, y más recientemente en providencia CSJ SL1005-2021, donde se señaló:

Quando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico. (Subrayas fuera del texto). (Negrilla fuera del texto original).

Por lo señalado en precedencia, la condena bajo estudio, no será objeto de modificación, al no haberse efectuado una interpretación inadecuada del precepto legal que regula dicha indemnización.

Indemnización moratoria artículo 99 Ley 50 de 1990

A este respecto, como bien aduce la parte demandante y contrario a lo indicado por el juez de primer grado, la indemnización bajo estudio, procede ante la omisión en la obligación de consignación de cesantías de manera completa, como ante su pago deficitario, cuestión que fue reiterada por la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL 417 de 2021, M.P. Iván Lenis, oportunidad en que indicó:

En otros términos, la indemnización por no consignación de cesantías tiene su fundamento en el incumplimiento del empleador de no pagar tal derecho laboral en el término legal y solo puede generarse durante la vigencia del contrato de trabajo y cesa en el momento en que este termina. Desde este momento, la legislación permite que se genere la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el empleador mantiene deudas por salarios y prestaciones con el trabajador, como lo es el auxilio a la cesantía, y siempre que aquel no haya tenido un actuar revestido de buena fe. Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL4260-2020, en la que se reiteró la decisión CSJ SL3614-2020, la Sala asentó:

B.- La sanción del numeral 3, del artículo 99 de la ley 50 de 1990, tiene un límite temporal.

Arguye la censura que erró el Tribunal al sostener que la fecha límite para la contabilización de la sanción moratoria de que trata el numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es el extremo final del vínculo, fijado en este caso por la primera instancia el 20 de noviembre de 2006, porque dicha punición corre hasta tanto se haga el pago efectivo, en tanto la norma, en su criterio, «no establece ningún límite temporal».

Tal razonamiento no se aviene a la intelección real del precepto, pues, en verdad, no hay fundamento para considerar que el mencionado término se extiende más allá de la culminación del nexo laboral, como lo entendió correctamente el Tribunal y lo había señalado el juez de primer grado. Así quedó establecido, entre otros, en fallo CSJ SL3614-2020, 09 sep. 2020, rad. 84011:

“2.- De la sanción moratoria por no consignación de cesantías

“Según el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el empleador que incumpla el plazo señalado para la consignación de cesantías «deberá pagar un día de salario por cada día de retardo».

“Asimismo, en sentencia CSJ SL403-2013 esta Corporación señaló que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial. Por lo tanto, al demostrarse que en los años 2007, 2008 y 2009 el empleador pagó al fondo de cesantías un valor inferior al debido, resulta procedente la imposición de la sanción en cita. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado, habrá de condenarse a Salud Total EPS, a efectuar el pago de la indemnización bajo estudio a favor del actor, la que no se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo teniendo en cuenta que la finalización del vínculo laboral tuvo lugar el 26 de febrero de 2017 y la acción objeto de pronunciamiento, se presentó el 21 de marzo de 2019, así las cosas y calculada la indemnización bajo estudio a partir del 15 de febrero de 2015, data para la cual nacía la obligación de consignar las cesantías causadas en el año 2014 y hasta el 26 de febrero de 2017, esta asciende a \$36.464.056, suma en se itera, se condenará a la demandada.

Respecto del término prescriptivo, se tiene que contrario a lo indicado por la demandada GOLD RH S.A.S., la contabilización de este que se efectuara en decisión de primer grado, se realizó en debida forma como se anotó en aparte anterior.

Responsabilidad Gold RH S.A.S.

Habiendo quedado demostrado la verdadera relación laboral del actor respecto de Salud Total EPS, a pesar de haber suscrito contrato laboral con la sociedad mencionada, texto del cual se desprende que en virtud de un contrato de mandato suscrito entre estas demandadas fue que el actor prestó los servicios para la EPS en mención, siendo claro que como se ha señalado a lo largo de este pronunciamiento, la sociedad Gold RH S.A.S., incurrió en

actos de intermediación, razón por la cual, con fundamento en lo previsto en el artículo 35 del CST, es responsable de manera solidaria en el pago de los emolumentos a favor del demandante y en tal aspecto, se **adicionará** la sentencia.

Por último y en cuanto a la cuantía de condena en costas que reprocha la parte demandante, se tiene que esta no es la etapa procesal respectiva, para cuestionar dicha decisión en los términos del artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia apelada en el sentido de indicar que la relación laboral allí declarada, tuvo lugar entre el 7 de septiembre de 2011 al 26 de febrero de 2017.

TERCERO: REVOCAR el numeral TERCERO de sentencia objeto de pronunciamiento.

CUARTO: MODIFICAR el numeral CUARTO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que únicamente el factor denominado *medios de transporte*, constituye factor salarial.

QUINTO: MODIFICAR los literales a. al e., del numeral QUINTO de sentencia recurrida, para en su lugar ordenar el pago a favor del actor de las siguientes sumas:

- a. \$1.048.476 por prima de servicios
- b. \$2.344.112 por cesantías
- c. \$276.614 por interés a la cesantía

- d. \$1.551.179 por vacaciones
- e. Al pago de reliquidación de aportes pensionales y aportes en salud desde el 1 de enero de 2014 al 26 de febrero de 2017, teniendo como salarios para el año 2014, la suma de \$1.223.646 y para el 2017 \$1.511.356.

SEXTO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de CONDENAR a Salud Total EPS al pago a favor del demandante de la suma de \$36.464.056, por concepto de indemnización moratoria por no consignación de cesantías.

SÉPTIMO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de indicar que la demandada GOLD RH S.A.S., es solidariamente responsable de garantizar el pago de las sumas objeto de condena.

OCTAVO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

NOVENO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERFANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2021-02-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: LUIS EDUARDO PRADA ALDANA

**DEMANDADO: AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO
AVIANCA SA**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente providencia

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada **AVIANCA SA**, contra la decisión proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el día siete (7) de septiembre de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud se decidió diferir el estudio de la excepción de cosa juzgada a la sentencia que ponga fin a la instancia.

El señor **LUIS EDUARDO PRADA ALDANA**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA** para que se declare que el actor fue despedido sin justa causa estando vigente el conflicto colectivo promovido con ocasión del pliego de peticiones presentado por ACDAC, razón por la cual solicita reintegro, salarios y prestaciones desde el despido y hasta el reintegro, perjuicios morales, extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Al contestar la demanda la empresa propuso como previa la excepción de cosa juzgada.

La Juez 12 laboral del Circuito, en la decisión que hoy revisa la Sala decidió diferir su estudio para la sentencia afirmando, en síntesis: "...si bien la excepción se sustenta en una sentencia de la corte como lo que se debate es la existencia de un conflicto colectivo, se considera que dicha excepción se debe decidir como de fondo...."

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada interpone recurso. *“...Diferir la decisión es negarla como previa y eso va a tener un impacto en lo sucesivo sobre todo en la fijación del litigio y pruebas y bajo el entendido que fue negada como previa y como fue propuesta en la demanda y en las pretensiones se involucran hechos que ya fueron debatidos y decididos por la corte **frente a la ilegalidad del cese de actividades** del cese del 2017, esos hechos fueron objeto de un pronunciamiento en la decisión SL 20094 del 2017 en el que se declaró que el cese en el que participó el actor fue ilegal y en ello se sustentan sus pretensiones, lo que se deduce de las pretensiones y hechos que enumera y esto tiene impacto directo y por consiguiente tiene impacto reitera en la fijación del litigio y de las pruebas. Agrega que esta excepción fue resuelta así por el tribunal en otro proceso similar, siendo ponente el magistrado Dr carvajalino, decisión de agosto de 2022, precedente “vertical” que se invoca...”*

ALEGACIONES

Durante el término concedido para alegar de conclusión, fueron allegadas por ambas partes.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, haciendo desde ya dos precisiones importantes, la primera de ellas es que sí es procedente el recurso pues diferir el estudio de la excepción de cosa juzgada como excepción de fondo es decidir, sobre ella justamente afirmando que no es posible resolverla como tal. **Nótese que esta excepción mixta es de fondo pues ataca el derecho**, pero en ocasiones, dice la norma **podrá el Juez** resolverla como previa o dilatoria. Esas ocasiones deben ser analizadas para determinar el momento de su decisión, la audiencia del art 77 del C P del T y de la S S o la sentencia. Diferir la decisión es decidir que en este caso la excepción, no es previa y esa decisión sin duda es apelable, pues entraña un análisis del Juez para ejercer esta facultad que no es otra cosa, dado que de ese análisis surgirá si lo alegado constituye justamente el fondo del asunto lo que impide desde luego resolverlo como algo que solo ataca las formas del proceso.

La segunda precisión es que existe un principio de transparencia y lealtad procesal que debe guiar todo proceso y en ese orden la Sala encuentra que no es posible contestar dos veces la demanda, utilizando para ello la subsanación que se hace de la misma, luego que el juez exige el cumplimiento de requisitos formales, para como en este caso variar aspectos que no pueden serlo, como las excepciones y la forma en que se proponen. En ese sentido al revisar el escrito de contestación inicial de contestación encuentra la Sala que la excepción fue propuesta como de fondo y luego ante la subsanación se propone como previa, variando su naturaleza, lo que sin duda es un acto procesal no adecuado a un correcto desarrollo del juicio; y lo que bastaría para confirmar la decisión.

No obstante, y ante la decisión de la Juez de tenerla propuesta como previa y resolver que será decidida como de fondo se estudiará el recurso propuesto, advirtiéndole desde ya que la decisión será CONFIRMADA. Veamos las razones.

En cuanto al precedente horizontal, no vertical; esta Sala cree conveniente apartarse de la providencia; por las siguientes razones y no sin antes advertir lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 305-2022 Rad N° 84972 de enero 19 de 2022 MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ en donde se estudia la fuerza vinculante del precedente judicial, pero del cual, dice, puede el Juez apartarse siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente.

En primer lugar solo puede el Juez resolver como previa la excepción de cosa juzgada que sin duda ataca el derecho si encuentra que evidentemente se dan los requisitos de tal figura, sin que exista duda o controversia sobre lo pedido en el proceso inicial, lo que no se da en este caso, pues salta a la vista que se trata de definir dos aspectos jurídicos, esto es **la existencia de un conflicto colectivo** para invocar la protección de él derivada, (Fuero circunstancial que da lugar al reintegro); y la ilegalidad **de una de las etapas del conflicto, esto es la huelga**; que fue lo que definió la corte. En ese sentido deberá el Juez estudiar el asunto para definir si las dos cosas se involucran, si son lo mismo si generan la misma consecuencia; asunto que sin duda constituye el fondo del asunto; siendo esta la principal razón para apartarse de la decisión de otra Sala de este Tribunal.

Ahora bien, no sobra agregar e insistir en que la figura de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, **al atender conflictos que ya han sido solucionados por una autoridad judicial.** En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, **su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores.** Es por lo anterior que se debe verificar la existencia de los requisitos indispensables para la configuración de la cosa juzgada, esto es, **la identidad jurídica respecto del objeto causa y partes intervinientes**, entre los dos procesos; requisitos que, insiste la Sala, deben ser objeto de una verificación estricta, so pena de quebrantarse los derechos de los trabajadores.

Efectivamente es en el artículo 303 del CGP es el que consagra cuando una sentencia tiene efectos de cosa juzgada; esto es: **i) cuando el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto**, ii) cuando se funde en la misma causa que el anterior y iii) cuando en ambos procesos haya identidad jurídica de partes, estando el primero de los requisitos en este caso sin duda alguna cuestionado, lo que impone que en este

caso, la excepción por atacar el derecho deba resolverse en la sentencia; razones que llevan a la Sala a **CONFIRMAR** el auto apelado, sin más consideraciones por innecesarias.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

.

SEGUNDO: COSTAS. A cargo del recurrente.

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL C P DEL T DE LA S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE



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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2019-00654-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GIOVANNY ROMERO GIRALDO
DEMANDADO: EL ARROZAL Y CIA S.C.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

GIOVANNY ROMERO GIRALDO, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido con el empleador EL ARROZAL Y CIA S.C.A. entre el 07 de enero de 1995 y el 22 de mayo del 2019. En consecuencia, solicita el pago de cesantías e intereses con el verdadero salario, al pago de aportes, indemnización moratoria, indemnización por despido atendiendo el último salario, pago de primas con el verdadero salario, vacaciones. (fls. 3 al 13).



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que que el demandante prestó sus servicios a la demandada desde el 7 de enero de 1995, mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido desempeñándose en las actividades de los establecimientos de comercio la líder supermercados de propiedad de la demandada, la relación terminó el 22 de mayo de 2019, el último cargo desempeñado fue el de subgerente, funciones que desempeñó desde 2017, el demandante fue socio gestor pero además trabajador de la demandada, desde 2008 la demandada cancelaba anualmente liquidación incumpliendo con la ley, no pagó aportes desde 1995 a 2007 y nunca se hicieron las cotizaciones de manera oportuna, la demandada nunca canceló con el verdadero salario, el último salario fue de \$20.000.000., el contrato terminó sin justa causa, se hizo un pago el día 31 de mayo de 2019 en el juzgado 26 laboral de esta ciudad, el cual ante las imprecisiones generó orden de no pago, por lo que a la fecha de la presentación de la demanda no se ha realizado. (fls. 3 al 13)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, afirmando que no existió contrato de trabajo desde 1995 como se afirma en la demanda y que solo se suscribió en 2007. En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría excepto el 6,15 y 18. Propuso las excepciones de inexistencia del vínculo o contrato con fecha anterior al 1 de julio de 2007, inexistencia de la obligación, carencia del derecho, buena fe, genérica, prescripción. (fls. 83 al 100).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato laboral a término indefinido entre el señor GIOVANNY ROMERO GIRALDO en calidad de trabajador y la empresa EL ARROZAL Y CIA SCA, durante el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2002 hasta el 22 de mayo de 2019, en el cargo de Supervisor, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.



SEGUNDO: CONDENAR a la empresa EL ARROZAL Y CIA SCA a reconocer y pagar los siguientes conceptos, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la providencia, discriminados de la siguiente manera:

- a. La suma de \$30.064.586,11 por concepto de cesantías.*
- b. La suma de \$14.891.666,33 por concepto de prima de servicios.*
- c. La suma de \$3.000.000 por concepto de compensación de vacaciones,*
- d. La suma de \$116.388.888,67 por concepto de reliquidación de indemnización por despido sin justa causa.*
- e. A pagar la suma de \$120.000.000 por concepto de indemnización por no consignación al fondo de cesantías.*
- f. A pagar al demandante la diferencia de los aportes con destino al sistema general en pensión causados entre el 01 de junio de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2018 IBC que deberá ajustarse en \$15.000.000, obligación de hacer para lo cual se le concede a la demandada un término de 15 días hábiles para que solicite el cálculo actuarial y una vez se obtenga se le otorga un plazo igual para que realice el pago efectivo de la obligación.”*

TERCERO: ABSOLVER a la demandada empresa EL ARROZAL Y CIA S.C.A. de las demás pretensiones invocadas por el señor GIOVANNY ROMERO GIRALDO.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada y serán tasada por Secretaría. Fijese como agencias en derecho la suma de un smmlv.”

Fundamenta su decisión el Juez de primer grado señalando que no se discutió que entre las partes existió un contrato verbal desde el 01 de julio del 2007 al 22 de mayo del 2019; el cual terminó de manera unilateral por parte del empleador y cuyo último salario devengado fue de \$20'000.000. Indica que para probar la prestación del servicio entre el 07 de enero de 1995 y el 30 de junio de 2007 se revisaron todas las pruebas allegadas, sin embargo, sólo se logró probar la prestación del servicio desde el 01 de junio del 2002 con la historia laboral expedida por Colpensiones y la declaración de la señora María Emma Segura Espitia, Fredy Alexander Ávila y Leidy Villarraga Rubiano. Indicó que la representante legal de la demandada aceptó la prestación del servicio del demandante desde que era menor de edad. Señala que al probarse la prestación del servicio se activó la presunción establecida en el artículo 24 CST de existencia de un contrato de trabajo, siendo la demandada quien debía desvirtuarla. Indica que para la época en que era menor de edad lo que se evidencia es que su relación



era una relación filial con su padre y no laboral. Afirma que a partir del 01 de julio del 2002 fecha en que adquirió la mayoría de edad y la cual coincide con el inicio de pago de aportes a pensión permite concluir que desde esa fecha inició la relación laboral en virtud de la primacía de la realidad. En consecuencia, declara la existencia del contrato de trabajo entre el 01 de julio del 2002 al 22 de mayo del 2019 desempeñando el cargo de supervisor. Frente al salario señaló que según desprendibles de 2007 a 2014 el salario del demandante fue de \$1.000.000, desde el 1 de marzo de 2009 se pagaba junto al salario un beneficio de \$500.000, hasta el 15 de marzo de 2014, luego a partir de esa fecha se devengó un salario de \$3000.000, desde junio de 2018 y hasta 2019 comenzó a devengar \$15.000.000 (fls 374 a 391), de marzo a mayo de 2019, devengó un salario de \$20.000.000, en cuanto a los beneficios adicionales no se les puede asignar el carácter de salario, según lo previsto en la ley máxime cuando ni siquiera se discutió la naturaleza de esos emolumentos ni en la demanda ni en el juicio. Indica que, aunque en algunos desprendibles se habla de salario integral, no hay prueba de algún acuerdo sobre esta modalidad, más cuando la demandada liquidó conceptos como primas, cesantías, luego no se puede otorgar efectos de salario integral, pues no hay certeza que así se hubiese pactado, en cuanto a los periodos en qué no se logra determinar el salario, se debe tomar el mínimo legal. En esos términos estableció los salarios esto es de 2002 a 2007, el mínimo legal de 2007 a 2014 \$1000.000, de marzo de 2014 hasta 2018, \$3000.000, de 2010 a febrero de 2019 \$15.000.000 y de marzo a mayo de 2019 \$20.000.000. Luego de ello estudio las pretensiones, previo estudiar la excepción de prescripción declarándola probada parcialmente probada para los derechos causados con anterioridad al 22 de mayo de 2016, aclarando que esto no cobija el auxilio de cesantías, advirtiendo que esta pagado el auxilio de cesantías del año 2019, así como la prima y compensación de vacaciones. Analizó la conducta de la sanción moratoria del art 65 del CST y concluyó que la demandada no actuó de mala fe, que consignó y que la demora no fue atribuible al empleador. En cuanto a la sanción por no consignación de cesantías la encontró causada porque no se realizó, no se acreditó en el día 15 de febrero de cada anualidad y hasta la fecha de terminación del contrato porque desde allí hubo un actuar probo.



Condenó también a reliquidar los aportes de acuerdo con los salarios y como una obligación de hacer.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** recurrió señalando que, no está de acuerdo con la apreciación de las pruebas testimoniales en relación con la demostración de la relación laboral entre el año 1995 hasta julio del 2002. Que el Juez consideró que ese período se trataba de un período de aprendizaje cuando los testimonios de Freddy y Emma demuestran que, aunque el trabajador estaba en una etapa de formación, esa etapa está reconocida en el CST. Que sólo fue menor de edad hasta el año 1998. Que los testimonios refieren que en esos 7 años hubo prestación personal del servicio el cual era remunerado. Que el Juez deduce que como el señor Giovanni no tenía la capacidad de dar órdenes entonces no era trabajador. Que desde el año 1995 está probada la prestación personal del servicio para la empresa demandada. Que con los testimonios se prueban los elementos del contrato desde el año 1995. Indica además que existió una indebida escisión del Juez para estudiar la buena o mala fe de la empresa demandada, pues respecto de la indemnización moratoria habla de que no existió una mala fe pero si condena a la sanción por no consignación de las cesantías.

La **parte demandada** interpone recurso de apelación argumentando que primero, no está de acuerdo con la fecha de inicio de la relación laboral establecida por el fallador de primera instancia, pues para la fecha en que el demandante solicita se tenga como extremo inicial de la relación laboral la empresa demandada ni siquiera existía, con lo cual pone en duda la credibilidad de lo dicho por el actor. Indica que al declarar el Despacho que la relación laboral inició en el año 2002 se aparta bastantes años de la pretensión inicial (enero de 1995). Señala que si el demandante solicitó el contrato desde enero de 1995 el Juez no podía con sus atribuciones jurídicas tomar una fecha diferente a la dada por el demandante (1995) y por la demandada (2007) y decir que la relación laboral inicio en el 2002. Que no está de acuerdo con que determine el inicio de la relación laboral



con las cotizaciones a seguridad social por parte de la demandada cuando estos aportes no tienen mérito para constituir una relación laboral. Que no está de acuerdo con la diferencia que hace señalando que cuando es menor de edad no hay contrato de trabajo y cuando es mayor si, pues esto no tiene ninguna incidencia. Que lo que se debe revisar es la estructuración de los elementos que atribuyen la existencia del contrato de trabajo. Que por virtud jurisprudencial se ha tenido que todo desempeño es una relación de trabajo por presunción. Que el artículo 24 del CST establece que para que exista contrato deben existir 3 elementos fundamentales: 1) la remuneración que no está demostrada en ningún ámbito porque no se demostró la existencia del pago; 2) la subordinación, la cual no fue demostrada por la parte demandante y 3) que si bien el actor desarrolló actividades personales no significa que las labores desarrolladas antes del 2007 hayan sido subordinadas, pues dichas labores fueron por ser el hijo del dueño. Que conforme lo relatan los testigos no se sabía cuál era el jefe directo, ni cuáles eran sus funciones, por lo que no existía el elemento subordinante. Indica que era necesario establecer el cargo y las funciones para determinar que lo que hacía era por ser trabajador o por ser el hijo del dueño. Que no se encuentra la continuidad entre 1995 y 2007. Que todos los hijos del dueño fungían como supervisores. Que el mismo demandante también es representante legal de la empresa demandada; que es dueño tiene voz y voto; que quien vino como representante legal de la empresa demandada es su hermana. Que la parte demandante debía probar la subordinación y señala que cómo es posible que pidan contrato desde enero de 1995 cuando para esa fecha la empresa no existía.

En segundo lugar, señala que dentro de las condenas se establece el pago de las cesantías desde el año 2002 al 2018; que si bien la prescripción se toma desde la terminación del contrato por ser el momento en que se consolida el derecho, se debe tener en cuenta que por virtud de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 las cesantías se pagan de manera anualizadas y deben ser consignadas antes del 15 de febrero de cada año. Que el demandante no desconoce el pago de las cesantías, lo que solicita es una reliquidación. Que el Despacho no podía decir que no encuentra el pago y condenar hasta el 2018, pues ese no era el debate probatorio y no se adjuntaron los



comprobantes porque no estaba alegando una falta de pago. Que lo que se demanda es la reliquidación, lo cual no tiene como consecuencia la sanción por no consignación de cesantías. Que tenemos que partir de lo que se pide en la demanda. Que si el Juez iba aplicar sus facultades extra y ultra petita debía indicarlo pero que no podía condenar al pago de las cesantías a partir del 2007, pues no fue un tema debatido.

Finalmente, afirma que frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST como la sanción por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la CSJ ha dicho que se debe tener en cuenta la buena o mala fe de la demandada, por lo que no es lógico que exista buena fe para exonerar de la indemnización moratoria y mala fe para condenar a la sanción por no consignación de las cesantías. Indica que la empresa demandada siempre obró de buena fe. Que el demandante es miembro directivo de la empresa tiene voz y voto respecto de las determinaciones que se adoptan. Que el dice que era el subgerente de la compañía. Que no se puede aceptar nuestro propio dolo. Que no puede venir a decir que su propia empresa le debe porque no se quiso pagar. Que es socio comanditario que tiene tanto poder que podía haber acudido como representante legal. Que no puede pretender que por su propia incapacidad se le pague una sanción. Solicita se revoque las cesantías y las primas de vacaciones. Que el demandante no está planteando la no consignación de las cesantías, lo cual si hizo la demandada. Que lo que se demanda es una reliquidación de las cesantías. Que se debe analizar la mala fe de la demandada pues la representante legal dice que ella y sus hermanos por ser los hijos del dueño de la empresa trabajaran o no se les pagaba la seguridad social.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los recursos planteados, precisando que solo puede esta corporación resolver los puntos sustentados en forma oral en la audiencia de juzgamiento dado que ningún otro argumento puede presentarse en las alegaciones de instancia, pues éstas solo pueden dar apoyo a la



sustentación.

En ese orden las inconformidades que procede a resolver la Sala son: (i) determinar el extremo inicial de la relación laboral que unió a las partes

Extremo inicial de la relación laboral

Respecto al extremo inicial ninguna de las partes esta de acuerdo con que la relación laboral que unía al señor Giovanni Romero Giraldo con la empresa demandada haya iniciado el **01 de julio del 2002** como lo indicó el fallador de primera instancia, pues la parte actora insiste en que inició el 07 de enero del 1995 y la empresa demandada refiere que comenzó el 01 de julio del 2007 como lo señaló al contestar la demanda.

Para resolver el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se debe comenzar recordando que el artículo 22 del CST establece que contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración. Señalando que quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera patrono, y la remuneración cualquiera que sea su forma salario.

Por su parte, el artículo 23 del CST, indica que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: (i) **la actividad personal del trabajador**, es decir, que sea realizada por sí mismo; (ii) **la continuada subordinación** o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y (iii) **un salario** como retribución del servicio.

Señala además que una vez reunidos los tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.



Adicionalmente, el artículo 24 del C. S. del T. modificado por el artículo 2° de la ley 50 de 1990 establece que “*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”

Sentada la anterior normatividad, encuentra la Sala que la CSJ de manera reiterada ha indicado entre múltiples sentencias en la SL 1826-2021 que acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación laboral, por lo tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.

Sobre los extremos de la relación laboral la CSJ, entre otras, en la sentencia SL2536-2018, indicó que si bien los extremos laborales no se encuentran explícitamente enunciados en el artículo 23 del CST, como elemento constitutivo de la relación de trabajo, su determinación es inherente a la misma vigencia de la prestación del servicio, pues solo a través de su conocimiento es posible establecer el interregno por el que se prolongó la relación laboral y el quantum de las obligaciones correlativas que le incumben al empleador, por el mismo periodo. Por tanto, su carga probatoria le concierne al trabajador, en virtud del principio general de que quien pretende un derecho debe acreditar los hechos en que se funda, según el artículo 167 del CGP, aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo del 145 del CPT y de la S.S.

Siendo necesario precisar, que contrario a lo señalado por el apoderado de la parte demandada, la CSJ ha enseñado entre otras en la sentencia SL 4515-2020 que en los casos en que no se logren probar los extremos de la relación laboral pretendidos en la demanda, sino que se demuestre un tiempo inferior al pretendido debe dictarse una condena *minus petita o infra petita*, donde se acepten parcialmente las pretensiones por lo probado.

Aclarando la CSJ entre otras en la sentencia SL 905-2013 la cual reiteró la sentencia bajo el radicado 22580 del 22 de marzo del 2006 que en los casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular



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

Descendiendo al caso bajo examen, lo primero que debe señalarse, es que no puede entenderse como extremo inicial el **07 de enero de 1995** como lo pretende la parte actora, pues nótese que la empresa EL ARROZAL Y CIA S.C.A. sólo fue constituida hasta el 05 de diciembre de 1995 conforme aparece en el certificado de la cámara de comercio, luego para la fecha en la que pretende la parte actora se declare el extremo inicial la empresa ni siquiera existía.

Ahora, al revisar las pruebas recaudadas, desde ya avizora la Sala que se confirmará el extremo inicial señalado por el fallador de primera instancia, pues si bien la Corte ya ha indicado que los aportes a pensión no son suficientes para declarar la existencia de un contrato de trabajo, lo cierto es, que sí son un indicio, el cual junto con las demás pruebas recaudadas permiten entender que la relación laboral que unió a las partes inicio el 01 de julio del 2002.

Es necesario señalar que no puede tomarse como extremo inicial el año 1995 como quiera que los testimonios de la señora María Emma Segura Espitia, Leyla Villarraga Rubio y Freddy Alexander Ávila Segura resultan contradictorios y por tanto, no generan credibilidad a la Sala.

Nótese que la señora Leyla Villarraga Rubio si bien señala que conoce al actor desde el año 1997 cuando comenzó a laborar en la empresa demandada y señala que el actor era el Jefe o supervisor; indica que es el único supervisor que conoce; sin embargo, más adelante señala que Jonathan hermano del demandante también era supervisor; que ejercían las



mismas funciones y que se turnaban señalando que la mayoría de las veces veía a Giovanni y no a Jonathan. Luego cambia nuevamente su dicho y dice que no eran los únicos supervisores sino que otros hijos del dueño de la empresa también ejercían esa función. Incluso llega a señalar que no sabe que hace el supervisor después de decir que tenía conocimiento de que el actor ejercía ese cargo.

Por su parte, la señora María Emma Segura Espitia si bien refiere que conoce al actor desde el año 1995; que ella tenía el cargo de administradora o jefe de personal; que tenía a cargo al actor; que era ella quien le impartía las órdenes; que al actor le entregaron una camioneta y que él iba a los puntos de venta haciendo supervisión; que era un empleado más; cuando se le pregunta más adelante nuevamente cómo enviaban al actor sólo si era menor de edad; cambia su respuesta señalando que el actor no iba solo que iba con ella y al preguntársele cuáles eran las funciones de la testigo señala que era recoger el dinero, la cual supuestamente era una de las funciones que desempeñaba el actor. Además, se contradice con lo dicho por el señor Freddy Alexander Ávila Segura quien manifestó ser hijo de la señora María Emma y quien señaló que él era quien acompañaba al actor a recoger el dinero y desarrollar sus funciones en los puntos de venta.

Por tanto, al ser las respuestas de los testigos contradictorias, no se puede tener la Sala certeza de su dicho, pues la señora Leyla manifiesta que el actor siempre iba solo; la señora María Emma indica que era ella la que lo acompañaba y el señor Freddy Ávila refiere que era él quien lo acompañaba. Llama también la atención de la Sala que el señor Freddy si bien refiere que tenía el mismo cargo del actor no sabe cuál era el cargo que desempeñaban, ni tampoco cuál era la remuneración del actor. También se contradice porque indica que el actor no conducía el vehículo solo iba como acompañante pese a que el actor en su interrogatorio dijo que si conducía y que tenía pase desde los 15 años; pero más adelante el testigo dice que conducían los dos y que se turnaban quien conducía, luego de que ya había indicado que el señor Giovanni solo iba como su acompañante.



Por tanto, al ser las declaraciones contradictorias no puede darse por probado la prestación del servicio por parte del actor desde el año 1995. Máxime porque no se probó si el actor para esa época asistía a la empresa por ser el hijo del dueño únicamente, pues ninguno de los testigos dan cuenta de que recibiera alguna remuneración por un servicio prestado; elemento que como bien lo indica el apoderado de la parte demandada es un elemento constitutivo del contrato de trabajo. Y es que el apoderado de la parte demandante le pregunta de forma genérica a los testigos sobre la remuneración de los empleados de la empresa y no específicamente sobre el señor Giovanni quien es el que nos interesa en el presente proceso.

Ahora los aportes a pensión realizados por la demandada como empleadora y el testimonio de la señora Martha Cecilia Rodríguez Zamora permiten entender que la relación laboral inicio en el año 2002 como lo refiere el fallador de primera instancia, por lo que habrá de confirmarse este punto de apelación.

Excepción de prescripción

El art. 151 del CPT y de la SS establece que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

El fallador de primera instancia consideró que con excepción de las cesantías, las acreencias laborales causadas con anterioridad al 22 de mayo del 2016 se encontraban prescritas, lo cual no mereció reparo de ninguna de las partes.

La inconformidad de la parte demandada radica únicamente en la forma como se contabilizó la prescripción para las cesantías; sin embargo, considera la Sala que no le asiste razón como quiera para las **cesantías**, como lo dijo el fallador de primera instancia, el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio



expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción frente a dicha acreencia. Por tal motivo se confirma este punto de apelación.

Auxilio de Cesantías

Señala el apoderado de la parte demandada que su inconformidad frente a este punto radica en que no está de acuerdo en que se condene al pago de las cesantías hasta el año 2018, pues el demandante no desconoce el pago lo que pide es una reliquidación y que el demandante no está planteando la no consignación de las cesantías.

Al revisar la demanda se evidencia que no le asiste razón al apoderado de la parte demandada como quiera que el actor en la pretensión N° 7 solicita el pago de las cesantías en el fondo del año 1995 al 2007 y en la pretensión N° 8 solicita el pago de las cesantías en el fondo del 2008 al 2018; por lo que es claro, que está reclamando las cesantías hasta el año 2018 como acertadamente lo entendió el fallador de primera instancia y no una reliquidación, correspondiendo a la parte demandada probar que efectivamente había cumplido con su obligación de consignar anualmente las cesantías al actor en el fondo elegido por éste, lo cual no hizo siendo su carga probatoria, por lo que si se debe impartir condena por este concepto.

Advirtiendo la Sala que al no encontrarse prueba de la consignación de las cesantías acertó el fallador de primera al impartir condena por este concepto, pues la ley exige que el valor de las cesantías sea consignado e indica que los pagos directos tienen como sanción la pérdida de la suma entregada, lo cual es cierto no solo porque así lo consagra la Ley (art. 254 CST), sino además porque ha sido un tema bastante aclarado por la jurisprudencia.

En consecuencia, se confirma la condena impuesta por concepto de cesantías.



Indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías

Procede analizar la Sala si hay lugar a confirmar la condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías y a condenar por la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST. Sobre el particular y como bien lo indicó el juzgador de instancia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado, entre otras en sentencia SL 3858 de 2020 que para la imposición de estas condenas se debe analizar el actuar de la demandada, pues de acreditarse que omitió caprichosamente el pago de las acreencias laborales causadas a favor del trabajador, se abre paso su imposición, de lo contrario si demuestra que su actuar obedeció a razones atendibles, se exonera de la misma.

Efectivamente le asiste razón a los apoderados que no resulta lógico que para condenar al pago de la sanción por no consignación de las cesantías se hable de que existió mala fe y para absolver de la indemnización moratoria se indica que el actuar de la demandada fue de buena fe, lo cual resulta a todas luces contradictorio.

Pues bien, al revisar el expediente se encuentra que la parte demandada pagó al actor todas las acreencias laborales durante el tiempo que consideró existió una relación laboral con él y de la forma que creyó correcta; teniendo la convicción de que antes del año 2007 la relación del actor con la empresa era únicamente como el hijo del dueño y no a través de un contrato laboral. Además, hay que tener en cuenta que el actor también es socio y representante legal de la empresa demandada luego podía advertir que la vinculación que existía no era la correcta y sólo hasta ahora lo hizo. Por tanto, no puede entenderse que el actuar de la demandada estuvo exento de buena fe, por lo que habrá de revocarse la condena impuesta por concepto de sanción por no consignación de las cesantías y se confirmará la absolución frente a la indemnización moratoria.

Sin costas en esta instancia.



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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el literal e) del numeral segundo de la sentencia recurrida para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada del pago de la sanción por no consignación de las cesantías, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2019-00849-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: SANDRA MARINA CALDERÓN GARCÍA
DEMANDADO: ASEPSIS PRODUCTS DE COLOMBIA S.A.S. -
PROASESPSIS S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 06 de diciembre de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora SANDRA MARINA CALDERÓN GARCÍA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de ASEPSIS PRODUCTS DE COLOMBIA S.A.S. PROASESPSIS S.A.S. con el fin de que se DECLARE que existió una relación laboral a término indefinido entre las partes entre el 17 de abril del 2006 al 30 de mayo del 2012; que el 01 de febrero del 2013 firmaron otro contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de ejecutiva de ventas y en el que se pactó que su salario constituiría un porcentaje de acuerdo con las comisiones y al recaudo de cartera, más la suma de \$60.000 mensuales por mantenimiento del vehículo automotor que ella utilizaba en sus labores; que de manera unilateral por decisión del empleador se realizó otro sí al contrato en el mes de junio del 2018 en el cual se le asignó un salario fijo por un valor de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5'000.000) y sin que se le liquidaran las acreencias laborales de dicho contrato; que se declare que la terminación del contrato se produjo de manera injusta e ilegal el 16 de septiembre del 2019 cuando el empleador decidió darle por terminado su contrato de trabajo sabiendo que se encontraba bajo la protección de la estabilidad laboral reforzada por el padecimiento patológico que tenía bajo tratamiento; que se declare que el despido fue nulo e ineficaz por la vulneración de sus derechos fundamentales, al no adelantarse la autorización ante el Ministerio de Trabajo.

Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a realizar el reintegro de la demandante al mismo puesto de trabajo con todas las garantías y derechos que allí tenía; que se le condene a pagar todos los salarios y demás prestaciones y/o acreencias laborales que se causaron desde la fecha del despido injusto y hasta la fecha en que sea reintegrado; que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa; junto con la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se le condene a pagar los salarios y demás prestaciones y/o acreencias laborales causadas entre el 09 de septiembre del 2019 (fecha en que injustamente se le sancionó por 5 días



encontrándose en incapacidad médica) y hasta el 16 de septiembre del 2019 fecha en que regresó a trabajar; que se le condene a pagar la indemnización de 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; la indemnización por despido sin justa causa; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 362 a 364 archivo "01-2019-00849-00").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el 17 de abril del 2006 celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa ASEPSIS PRODUCTS DE COLOMBIA S.A.S. -PROASESPSIS S.A.S. hasta el 30 de mayo del 2012; que el 01 de febrero del 2013 firmó otro contrato de trabajo con la empresa demandada en el que se pactó que su salario constituiría un porcentaje de acuerdo con las comisiones y al recaudo de cartera; más la suma de \$60.000 mensuales por mantenimiento del vehículo automotor que ella utilizaba en sus labores; salario variable que siempre tuvo un promedio de \$8'000.000; que su empleador le hizo firmar en junio del 2018 un otro sí al contrato so pena de perder su trabajo, el cual consistía en que su salario lo constituiría la suma de \$5'000.000 mensuales con lo cual se desmejoraba ostensiblemente su salario y las demás condiciones que ya tenía; que el 16 de septiembre del 2019 le dio por terminado su contrato de manera unilateral y sin justa causa sabiendo que se encontraba bajo la protección de la estabilidad laboral reforzada por el padecimiento patológico que tenía bajo tratamiento médico; que fue contratada como ejecutiva de ventas; que la asignación laboral que habían pactado en el contrato inicial era variable de acuerdo con el valor de las comisiones y recaudos de cartera que hiciera y que era en promedio la suma de \$8'000.0000; que dentro de la relación laboral presentó patologías que originaron una serie de consultas médicas, tratamientos médicos, restricciones y recomendaciones al empleador con el fin de preservar y conservar su integridad física y su salud; patologías que medicamente se describen como: Lumbalgia (Parestesias permanentes), discopatía lumbar L3, L4 y L5 con hernias discales I5 y S1, bronquitis aguda, gastritis crónica, amigdalitomis, lipectomis, vicosafenectomis, dolor puntos gatillo paravertebrales, estrés facetario (bloqueo) y colon irritable; que un año antes sufrió de una serie de actos constitutivos de acoso laboral tendientes



hacerla aburrir e incomodar en su trabajo, con la persecución, maltrato verbal, hostigamiento, amenazas continuas de despido, manifestaciones desobligantes delante de sus compañeros, entre otras conductas lesivas a sus derechos; que estas conductas le han generado una serie de daños y perjuicios morales injustos de riesgo psicosocial; que tuvo que buscar ayuda del Comité de Convivencia de la empresa en donde no le dieron solución al problema; que tuvo que acudir al Ministerio del Trabajo sin obtener ninguna solución; que su patología le fue informada a su empleador para que tomaran los correctivos y recomendaciones legales y necesarias para proteger su integridad; quien hizo caso omiso y continuó con las conductas constitutivas de acoso laboral; que se encuentra amparada por la estabilidad laboral reforzada; que el 16 de septiembre del 2019 le notificaron la terminación de su contrato de trabajo, lo cual se dio de manera injusta, pues el proceso disciplinario en el que se basa la decisión fue abiertamente vulneratorio y contrario a las normas procesales, del debido proceso y del derecho de defensa; que fue objeto de una sanción injusta de 05 días el 09 de septiembre del 2019 cuando se encontraba en incapacidad médica y hasta el 16 de septiembre del 2019 fecha en la que regresó a trabajar y donde fue recibida con la carta de despido definitivo; que los días que fue suspendida no le cancelaron su salario; que tuvo que interponer una acción de tutela la cual se encuentra en revisión ante la Corte Constitucional. (fls.359 a 362 archivo "01-2019-00849-00").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **ASEPSIS PRODUCTS DE COLOMBIA S.A.S. PROASESPSIS S.A.S.**, aceptó la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma y se opuso a la prosperidad de las demás pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2b, 4 y 19a; manifestó no constarle el 2a, 2c, 8 y 19b; dijo ser parcialmente cierto el 6, 7, 10b, 14a y 15; y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó improcedencia de la acción de reintegro; despido realizado con justa causa comprobada por parte del empleador; pago total de las obligaciones surgidas en relación con el contrato suscrito con la



demandante; prescripción y la innominada. (archivo 06- CONTESTACIÓN DE DEMANDA SANDRA CALDERON).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante Sandra Marina Calderón García y la demandada ASEPSIS PRODUCTS DE COLOMBIA S.A.S Proasepsis S.A.S existió una relación laboral entre el 17 de abril de 2006 al 30 de mayo de 2012, regida por contrato de trabajo a término indefinido.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandante Sandra Marina Calderón García y la demandada ASEPSIS PRODUCTS DE COLOMBIA S.A.S Proasepsis S.A.S existió una relación laboral entre 01 de febrero de 2013 hasta el 16 de septiembre de 2019, regida por contrato de trabajo a término indefinido.

TERCERO. DECLARAR que el último salario de la demandante Sandra Marina Calderón García fue de cinco millones de pesos \$5.000.000.

CUARTO: DECLARAR que la relación laboral entre 01 de febrero de 2013 hasta el 16 de septiembre de 2019 terminó sin justa causa.

QUINTO: CONDENAR a la demandada ASEPSIS PRODUCTS DE COLOMBIA S.A.S Proasepsis S.A.S a pagar a la demandante Sandra Marina Calderón García la suma de dieciocho millones trescientos treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos \$18.333.333 como indemnización por despido sin justa causa.

SEXTO: Se condena en costas a la demandada en cuantía de \$1.000.000..” (archivo “32- 2019-849 ACTA ART. 80 AUDIENCIA VIRTUAL)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que:

En cuanto a la existencia de la relación laboral y sus extremos, no se controvierte en este proceso los extremos del 17 de abril 2006 al 30 de mayo 2012 y el inicio de una nueva relación laboral a partir del 1 de febrero de 2013; así las cosas procede declarar que entre la demandante Sandra María Calderón García y Proasepsis SAS, existió una relación entre el 17 abril 2006 al 30 de mayo 2012; la demandada aceptó que entre las partes existió una relación laboral inicial entre el 1 de febrero 2013 como quiera que no acepta la fecha de terminación de la relación laboral ni su causal, es por lo que el despacho pasa a determinar las situaciones haciendo uso de las pruebas que se han recogido durante el trámite de este proceso, respecto de los extremos temporales debemos indicar que en el folio 19 del expediente digital hay una certificación del director financiero y contable de Proasepsis sas en donde se informa lo siguiente de manera textual “la señora Sandra María Calderón García laboró en esta compañía con un contrato de trabajo a término indefinido del 1 de febrero de 2013 hasta el 16 de septiembre 2019 desempeñando el cargo de ejecutiva de ventas y devengado un sueldo mensual de 5 millones de pesos”, respecto de este documento, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 36748 23 de septiembre de 2019 ha precisado que el Juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se expresa en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo ya sea como en este caso sobre el tiempo de servicios y el salario o sobre otro tema pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la



existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial, por esa razón la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda de manera que para destruir el hecho admitido documentalmente el juez debería acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre las constancias falsas de tiempo de servicios y salarios o sobre cualquier otro tema de la relación laboral, con fundamento en ello, se declarará entonces que entre las partes, existió un vínculo laboral del 1 de febrero de 2013 hasta el 16 de septiembre de 2019; como lo reconoce el propio demandado.

La demandante pretende que se establezca que su salario mensual era de 8 millones de pesos, sin embargo en el expediente no aparece ningún documento que dé cuenta de ello; contrario censu aparece certificado laboral en donde el demandado expone que el salario mensual de la demandante ascendía a 5 millones de pesos; así las cosas se declarará que el último salario del actora, fue la suma de 5 millones de pesos.

Pasamos a estudiar el tema de la estabilidad laboral reforzada y las causales de terminación; la demandante señala que se terminó su contrato de manera unilateral y sin mediar una justa causa, además no se obtuvo el permiso del Ministerio de Trabajo por ser beneficiaria de estabilidad laboral reforzada. Que la demandada pretendía que se realizara un número de ventas fijadas por el director del departamento comercial y que en el literal g) cláusula octava del contrato de trabajo se indicaba “el incumplimiento de las metas mínimas establecidas para cada trabajador del área de ventas en el presupuesto anual de ventas durante un período superior a 3 meses consecutivos será determinante como deficiente rendimiento en el trabajo”, que se inició el proceso disciplinario el día 22 de febrero del año 2019 porque desde el año anterior no se había logrado la meta, siquiera la cuota mínima de ventas fijada por el departamento comercial y que escuchada en diligencia de descargos, la demandante señaló tener problemas con inventarios y que se le suprimieron varios clientes; de acuerdo con las pruebas que se armaron al expediente se encontró que en el folio 4 del documento 1 del expediente digital está la copia del acta de reunión celebrada el 30 de octubre de 2018 con tema retroalimentación y plan de mejora en donde se destacó el desempeño y buen trabajo del aquí demandante y generó un plan de mejora en donde se indicó planeación de actividades con clientes, velar por el beneficio de la empresa, evaluar apoyos equilibrados a clientes filtrando con jefes directos y recordar el conducto regular apoyándose con directores comerciales, en el folio número 14 del expediente digital está la comunicación del 4 de abril del 2019 dirigida a la demandante; allí se le indicó que se adelantó el proceso disciplinario y se completó, iniciado el 22 de febrero de 2019 por presuntas infracciones en su contrato de trabajo, reglamento disciplinario y manual de funciones de la empresa, por bajas ventas en su cargo y omisión de funciones como promoción, consecución de nuevos clientes y seguimiento a clientes con que se cuentan y se decidió sancionar con la siguiente medida una amonestación y requerimiento para mejorar en su plan de ventas, 2 ultimátum para que cumpla presupuesto de ventas para los meses de abril, mayo y junio de 2019 otorgándole un plazo hasta el 30 de junio de 2019, conminarla de manera verbal para que cumpla las directrices enmarcadas por sus superiores jerárquicos, sentenciar que si para el 30 de junio 2019 no se notaba una mejoría en las labores para las cuales se encontraba contratada, se tomaría la decisión de la terminación del contrato; en el folio 8 del expediente digital nuevamente estamos en la comunicación del 16 de septiembre de 2019 a la demandante, allí el director de talento humano le informa que se realizó el seguimiento al proceso disciplinario que se inició el 22 de febrero de 2019 y revisado sus estados de venta hasta el 30 de junio del mismo año se advirtió que no se cumplieron las metas de venta y que en consecuencia, conforme al artículo 62 del CST, en concordancia con el literal g de la cláusula octava del contrato de trabajo se dio por terminado el vínculo laboral con justa causa imputable a la trabajadora.

En relación con la queja por acoso laboral ante el Ministerio de trabajo la empresa señaló lo siguiente “en el caso concreto se tiene más que claro que la queja presentada por la trabajadora ante el Ministerio de trabajo no es otra que un acto preventivo ante la inminente circunstancia evidente de su bajo rendimiento en las funciones para las que se contrató, queja que de todas maneras es posterior a la apertura de la investigación disciplinaria que nos ocupa” en copia del examen de egreso que aparece en el folio 13 nuevamente el documento 1 del expediente digital aparecen las siguientes observaciones: seguir manejo médico de su EPS por sus patologías de base, continuar con manejo o tratamiento médico terapias físicas y recomendaciones pautadas, control con optometría ocupacional una vez al año, uso de



corrección óptica formulada para visión próxima uso de corrección óptica formulada para visión prolongada, mantener ergonomía de columna, pausas activas con énfasis en la columna.

Sobre la protección por estabilidad laboral reforzada los testimonios que se aportaron por la demandante fueron consecuentes en señalar que Sandra Marina Calderón tuvo ausencias a su trabajo por dolores lumbares que manifestó constantemente presentaba, incapacidades y asistía a terapias físicas; en los folios 140 a 151 nuevamente el expediente digital 1 aparece la siguiente comunicación “renuncia motivada suscrita por la empleadora en donde expone que presenta diversas incapacidades y patologías de origen laboral y solicita el reintegro y pago de salarios, dicha comunicación se encuentra fechada el 10 de septiembre 2019, es decir 6 días antes de la terminación del contrato de trabajo por parte del empleadora, sin que se cuente con fecha de recibido por algún representante de la empleadora; en el folio 297 del documento 1 del expediente digital hay una copia de la historia clínica de la demandante allí encontramos que el 25 de septiembre de 2019 se les pidió un control en 3 meses con clínica del dolor y se le formula inyecciones de anestesia y en noviembre de 2019 se repite la fórmula médica, en el folio 300 está la copia de una incapacidad del 10 al 12 de septiembre 2019, en el folio 306 copia de una incapacidad del 16 al 18 de julio de 2019 por 3 días, además de un orden de control con medicina física y rehabilitación que se debía adelantar luego de cuatro meses, en el folio 343 está la comunicación del 28 de julio 2011 donde compensar EPS le comunica a la señora Calderón que la Junta médica laboral determinó que en su caso; su enfermedad a la fecha consistía en otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral lumbar de origen común.

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia debemos reseñar lo siguiente dice la corte, es viable declarar la ineficacia del despido del trabajador cuya incapacidad supera los 180 días cuando el empleador ha tenido pleno conocimiento del estado de salud ya que la ruptura del vínculo laboral sucede durante la incapacidad y además de ello no se realiza gestión alguna ante la entidad prestadora de salud ni se intenta la reubicación pues en esas circunstancias el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta lo que conlleva a que el ordinal 15 del literal a del artículo 62 del CST analice a la luz del artículo 26 de la ley 361 del año 97 y sea necesario el permiso de la autoridad administrativa respectiva esta es la sentencia SL 173 del 28 de enero de 2020.

La jurisprudencia de la de la Corte Suprema en Sala Laboral ha señalado asimismo que la estabilidad laboral reforzada no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica pues debe acreditar al menos la limitación física, psíquica o sensorial correspondiente o una pérdida de capacidad laboral con carácter de moderada, esto es, igual o superior al 15%; la estabilidad laboral reforzada de personas en condiciones de discapacidad opera bajo los siguientes presupuestos: 1. que el trabajador padezca un estado de discapacidad en grado moderado severo o profundo independientemente de su origen, 2. que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad, 3. que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio de trabajo, sentencia SL 275 del 27 de 2020.

Conforme a las pruebas allegadas arrojadas al expediente, no se encuentra que la demandante estuviese calificada con una pérdida de capacidad laboral, tampoco que al momento de la terminación del vínculo tuviera alguna incapacidad médica porque de los testimonios de sus ex compañeros de trabajo se puede concluir que eran evidentes las molestias físicas de la señora Calderón García, sin embargo ni la demandante ni menos la demandada aportaron documentos que dieran cuenta de recomendaciones médico laborales, incapacidades por más de 180 días al momento de la terminación del vínculo o alguna documental que diera cuenta de una causal objetiva que infiriera una inexorable estabilidad laboral reforzada por salud; así las cosas al momento de la terminación del contrato de trabajo no era necesario solicitar el permiso al Ministerio de Trabajo por lo que no es posible acceder a la pretensión principal de reintegro.

La demandante solicita de manera subsidiaria la declaratoria de la terminación del contrato sin justa causa por el empleador pasamos a su análisis, la demandada sobre este punto ha argumentado que la actora no cumplió con la meta de ventas por un periodo superior a un trimestre, que le hicieron llamados de atención, que se escuchó a la demandante en diligencia de descargos por lo que se atendió el debido proceso en la actuación administrativa, el



despacho no tiene objeción a este procedimiento administrativo, sin embargo, no podemos desconocer los testimonios de Juan Lamprea, Nancy Osorio y Gloria Ciniegas quienes al unisonó fueron consecuentes al indicar que la demandante era una de las mejores vendedoras de esa compañía, que sin razón justificada le suprimieron el manejo de clientes potenciales que significaban un alto porcentaje de ventas para la empresa y adicionalmente algunas de las empresas que la demandante manejaba fueron cerradas; que algunos productos no tenían registro Invima, por lo que no podían ser vendidos y que la demandante se encargaba específicamente de promover y vender una línea de productos para entidades de salud y que por el giro de las actividades de los clientes que manejaba la demandante, era inoficioso vender otros productos que fabricaba la empresa como por ejemplo productos de hogar, de otra parte los testigos afirmaron que estuvieron presentes en la reunión en la que la exgerente de la compañía tenía constantemente tratos desobligantes con la demandante, este aspecto incluso fue tocado por la testigo Alexandra Cárdenas quien señaló que el exgerente de la compañía evitaba tener contacto con la demandante que era una persona marginada y que se notaba la tensión entre ellos.

En el expediente obran varias quejas por acoso laboral en las cuales la demandante detallaba malos tratos hacia su persona por el exgerente de la empresa pero no se evidencia ningún tipo de actuación por parte de Proasepsis SAS, tampoco se explicó la razón por la cual le fueron retiradas cuentas a la demandante que significaban según los testigos gran parte de las ventas que hacía la demandante para la empresa, si bien la actora no cumplió con las metas interpuestas, también es claro que no se demostró que haya sido por negligencia per se porque de lo que señalan los testigos se puede extraer que aunque muchos de los comerciales no cumplieron con las metas en periodos superiores a 3 meses tampoco se les terminó su contrato de trabajo; si bien el juez laboral en esta situación no puede entrar a hacer valoraciones sobre la gravedad de las conductas que se le indican a la demandante también es cierto que no se encuentra demostrada la proporcionalidad de la sanción impuesta a la señora Calderón respecto de la conducta desplegada por la empresa con los demás ejecutivos de venta que tampoco cumplieron con sus metas trimestrales máxime y cuando en el proceso se ha ventilado una constante situación de acoso laboral por parte del exgerente de la compañía si bien, estamos frente a un proceso ordinario laboral y no a un proceso especial de acoso laboral es claro que las circunstancias que dieron origen al incumplimiento de las funciones de la demandante no se han ligado a ella de manera directa, sino a las circunstancias laborales es decir los tratos desobligantes del exgerente, al cambio de políticas de uso de las muestras, la reducción injustificada de las cuentas, la falta de registro Invima de algunos productos comercializables y a la liquidación de las empresas que eran sus principales compradoras, si bien la empresa demandada tiene la posibilidad de prescindir de los servicios de sus colaboradores en cualquier momento, no es menos cierto que debe hacerlo con el correspondiente pago de la indemnización por despido injusto lo que en efecto no ocurrió; así las cosas se condenará a la demandada al pago de la indemnización del artículo 64 del CST que señala que en caso de terminación unilateral del trabajo sin justa causa comprobada por parte del empleador, este da lugar a la terminación por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero debe al segundo una indemnización en los términos que se indican y en los contratos a término indefinido en el literal a) señala que para trabajadores que deben un salario inferior 10 salarios mínimos mensuales legales, le corresponden 30 días de salario por el primer año y 20 por cada año adicional o proporcional como la demandante trabajó del 1 de febrero 2013 al 16 de septiembre 2019 como se indicó en la primera parte de esta sentencia con un salario reconocido también por la empresa de 5 millones de pesos, es por lo que se le aplicará el numeral segundo de la norma transcrita y en consecuencia Proasepsis productos Colombia SAS le deberá pagar a la demandante la suma de 18'333.000 pesos.

La demandada propone la excepción de prescripción; al respecto como quiera que desde la terminación del contrato que ocurrió el 16 de septiembre de 2019 y la presentación de la demanda ocurrió el 16 de diciembre del mismo año, no transcurrieron claramente los 3 años no se declara probada.

RECURSO DE APELACIÓN



El **demandante** recurrió señalando que “señoría efectivamente voy apelar en razón a que la carga dinámica de la prueba es para el más fuerte y en este caso el más fuerte es el empleador ya que tiene una empresa grande, una persona reconocida y fue la que debió haber hecho el tema de la pérdida de capacidad laboral de mi poderdante; segundo tengo una jurisprudencia de la Corte Constitucional donde nos habla de la estabilidad reforzada para el tema respecto al reintegro y todo lo que estamos pidiendo en la indemnización que dice claramente que la estabilidad reforzada de la Corte Constitucional no nos nombra el tema de los 180 días, simplemente menciona estos puntos: el derecho a conservar el empleo, a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad, a permanecer en el empleo hasta que se requiera siempre que no se configure con causal objetiva de despido, a que la autoridad laboral competente autorice el despido con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador se use para dar determinado control laboral so pena que el despido se declare ineficaz. La corte lo que está diciendo es que se necesita el permiso de la autoridad competente y yo puedo ya enrostrar esta jurisprudencia en la segunda instancia cuando, sentencia T 320 del 2016, no quiere decir que no está enferma cuando la despidieron es un problema lumbar, es un problema complicado para la persona para mi poderdante; es más en este momento para la segunda instancia podemos aportar los tratamientos que se está haciendo y todo el dinero que ha gastado y el degenere que por decirlo de alguna manera que ha presentado en la columna esta enfermedad. En cuanto a los salarios y los demás disciplinarios debieron haber aportado sellos de los de los demás trabajadores para poder decir que mi poderdante como tal era la única que estaba incumpliendo, ellos eran la parte fuerte, ellos debieron aportar todo eso, juntas de calificación, pérdida de capacidad laboral ante las ARL o la entidad correspondiente, ellos debieron aportar eso entonces vuelvo y reiteró es que la Corte Constitucional no está mencionando los 180 días y la Corte Constitucional en este momento sigue siendo superior en cuanto a sus conceptos a cualquier otra jurisdicción, su señoría con el respeto que usted se merece y los presentes que están en este momento en esta audiencia y en uso de sus facultades extra ultra petita si se puede ya que los los despachos en este momento a la hora de fijar rubros adeudados a la demandante; como tal la liquidación ya está allegada en el expediente para que lo tengan en cuenta”.

Por su parte, la **empresa demandada** recurrió indicando que “También quiero manifestar mi reparo respecto de los numerales cuarto, quinto y sexto de la decisión que usted ha adoptado dentro del presente asunto como quiera que insistimos en que la terminación del contrato de trabajo de la Sra. Sandra Marina



Calderón García realmente se realizó midiendo todos los parámetros y protocolos del debido proceso, el derecho de defensa; de tal suerte que consideramos que se efectuó a todas luces un despido con justa causa comprobada, sin que se deba tener en cuenta factores como los mencionados en las consideraciones respecto que si era una buena o no era buena trabajadora como quiera que se trata de dichos netamente subjetivos que manejaba una línea hospitalaria y que por eso no le era dable vender otro tipo de productos, cuando la realidad es que en el mundo comercial, las personas que se dedican a este trasegar deben procurar en lo que sea posible la comercialización de la totalidad de los productos y quedó demostrado dentro del proceso que no existía ninguna limitación sobre el asunto, que de todas maneras se presentaban tratos discriminatorios por parte del señor representante legal; si bien se mencionó algo respecto del asunto por los testigos, no quedaron claras tampoco circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo y que de todas maneras se encuentra certeramente probado que las quejas fueron posteriores a la iniciación del proceso disciplinario que culminara con la terminación del contrato de trabajo; porque no sé cómo otros dependientes de la compañía si presuntamente todos habían incumplido, insisto lo alegado en conclusión dentro de esta misma diligencia de la facultad disciplinaria ciertamente es una facultad, es una posibilidad que puede ejercer o no puede ejercer el empleador, de tal suerte que en el caso de la señora Sandra Marina Calderón y vale la pena anotar lo en este momento es que fue la persona que menos cumplió con ese presupuesto y por eso se dio inicio solamente en su contra el proceso disciplinario, de lo cual, debemos mencionar que se dieron garantías muchísimo más que explícitas para que pudiera mejorar realmente su actividad, hecho que no cumplió bajo parámetros realmente inexcusables, respecto a que no había mercancía o problemas con alguna entidad regulatoria, cuando la compañía tiene muchísimos artículos que puede comercializar y esto quedó probado, que no existía ninguna restricción sobre el asunto, la excusa que ella mantenía era la línea hospitalaria, realmente no es de buen recibo de nuestra cuenta, quitarle un cliente a una persona comercial, no implica que no pueda conseguir nuevos, de tal suerte que no consideramos realmente como contundentes estos parámetros para mencionar que el contrato se terminó sin justa causa y que por ello deba ser condenada a la parte demandada.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de



la S.S, teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece a: la solicitud para que el Tribunal acceda a la pretensión principal de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y consecuencial reintegro del actor y pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al advertir diferentes situaciones médicas de la actora y segundo, si es procedente condenar a la indemnización por despido sin justa causa como lo hizo el fallador de primera instancia.

De la estabilidad laboral reforzada

Sea lo primero advertir que, el punto de apelación de la parte demandante corresponde al principal problema jurídico propuesto en primera instancia, esto es, si para el momento de la desvinculación laboral del día 16 de septiembre del 2019 la demandante era beneficiaria de la garantía de estabilidad laboral en el marco de protección de la Ley 361 de 1997 debido a su estado de salud.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que *“En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...”*

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



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

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad **o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, pues si ella existe el despido o terminación se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

Ahora, no desconoce la Sala que la Corte Constitucional se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP), pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente; pero menos aún, se itera cuando la incapacidad otorgada en el mes de julio de 2019 fue por 3**



días, finalizando la última incapacidad el día 18 de julio de 2019. (Ver fl. 306)

Obsérvese entonces que el 16 de septiembre de 2019 cuando terminó el contrato la demandante no se encontraba incapacitada, no tenía recomendaciones médicas y no tenía calificada su pérdida de capacidad laboral.

Al revisar las pruebas allegadas por la parte demandante no se evidencia tal y como lo señaló la falladora de primera instancia que la actora hubiese sido calificada, lo cual contrario a lo dicho por la apoderada de la parte demandante si era su carga probatoria.

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

La Sala revisó el expediente e insiste en que aunque encontró 5 incapacidades durante la relación laboral; éstas no superan los 5 días, siendo la última otorgada para julio del 2019 por 3 días finalizando el 18 de julio de 2019 y situaciones de salud que de ninguna de ellas es suficiente para establecer ese estado real de salud, que le impidiera a la demandante desarrollar su labor, al punto de poder presumir que la terminación del contrato obedeció a un acto discriminatorio por esa causa; **y por tanto en este caso no existe la presunción, de terminación discriminatoria por**



lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto que como ya vimos explican detalladamente el tema y en el que se insiste se sigue sosteniendo que esta protección opera **solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido o terminación se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio.**

Finalmente, al no existir estabilidad laboral reforzada, tampoco hay lugar al pago de la indemnización prevista en la ley 361 de 1997.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ este punto de apelación.

Indemnización por despido sin justa causa

Como bien señalará el Juez corresponde al demandante probar el despido y a la demandada la justa causa invocada, lo cual una vez valoradas las pruebas y en criterio del Juez no pudo ser logrado por la accionada; conclusión que desde ya la Sala encuentra acertada.

En el presente caso, la parte actora cumplió con su carga probatoria pues allegó la carta con la cual se le dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 16 de septiembre del 2019 por deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento de su empleador (Numeral 9° artículo 62 del CST)

Causal que ha sido ampliamente estudiada por la CSJ señalando recientemente en la sentencia SL 3022-2022 las condiciones que deben tenerse en cuenta para dar por terminado un contrato de trabajo bajo la causal de bajo rendimiento en el trabajo señalando lo siguiente:

“De ese modo, la Sala concluye que no erró el Tribunal en la anterior conclusión, por cuanto de las aludidas cartas, no se deduce que al tiempo de realizar llamados de atención a la demandante por las metas incumplidas, le hubiere presentado propuestas, alternativas o



mecanismos, tendientes a superar su bajo rendimiento laboral.

Tampoco demostró la enjuiciada, que le hubiere hecho los requerimientos con el otorgamiento de un plazo razonable como lo dispone el numeral 9 del artículo 62, en los casos de deficiencias en la labor, o que implementó un plan de mejoramiento que le permitiera a la actora lograr mayor rendimiento, argumentos que no fueron objeto de ataque y ni siquiera la citada norma incluida en la proposición jurídica de los cargos formulados.

Se insiste, la causal de despido consagrada en el numeral 9, del artículo 62 del CST modificado por el 7 del Decreto 2351 de 1965, se refiere específicamente al deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador y su aplicación no es automática, pues el empleador debe cumplir también con unas condiciones, como se desprende de la norma, en el sentido de realizar el requerimiento, proponer plan de mejoramiento, comparar las actividades en relación con otros trabajadores que cumplan similares funciones y establecer si el trabajador continúa con bajo o deficiente rendimiento a efectos de tomar medidas objetivas.

En línea de lo expuesto, se trae a colación, el pronunciamiento de esta Sala, CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283:

De otra parte, como quiera que la carta de despido (fls. 20 a 22) indica también, que la determinación se basó en el “bajo rendimiento en las ventas” y en el “deficiente desempeño profesional” conforme al resultado de las “evaluaciones del desempeño”, al ubicarse la Corte en los postulados legales del numeral 9º, literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, causal en la que podría encuadrar la justa causa de la terminación de contrato de trabajo, no puede arribar a tal conclusión, en razón a que no obra en el expediente prueba alguna que evidencie que la empresa cumplió con el trámite establecido en el artículo 2º del Decreto 1373 de 1966, a través del cual se reglamentó el procedimiento que ha de adelantarse en caso de deficiente



rendimiento del trabajador y que permita aplicar el numeral 9º antes citado.

Conforme lo anterior, es claro que no puede entenderse que el despido de la demandante lo fue con justa causa como lo pretende su apoderado; como quiera que no se evidencia cuales fueron las propuestas, alternativas o mecanismos presentados por la empresa a su trabajadora tendientes a superar su bajo rendimiento laboral, por el contrario lo que relatan los testigos es que a la demandante le quitaron varios de sus clientes y como se observa también en las documentales allegadas por la demandante existían problemas por parte de la compañía con la entrega de la mercancía, la calidad de los productos y con las entidades de vigilancia como el INVIMA, lo cual es claro que en nada ayudaba a la trabajadora con el cumplimiento de sus metas.

Adicionalmente si bien se evidencia a folio 4 acta de reunión del 30 de octubre del 2018 en la que se coloca como tema “RETROALIMENTACION Y PLAN DE MEJORA” no aparece que la demandante haya sido citada a esa reunión.

Tampoco se evidencia de las documentales allegadas que se haya realizado el trámite establecido en el artículo 2º del Decreto 1373 de 1966 y es como lo indica la Corte la causal invocada por la empresa demandada no es de aplicación automática, pues el empleador debe cumplir también con unas condiciones en el sentido no sólo de proponer un plan de mejoramiento, sino además comparar las actividades en relación con otros trabajadores, es decir, que contrario a lo que indica el apoderado de la parte demandada en su recurso, sí era necesario revisar la situación de otros trabajadores que cumplan funciones similares y conforme se evidencia en las tablas que aparecen en la carta de terminación del contrato de trabajo de 10 trabajadores solo 2 cumplieron las metas, los 8 restantes estuvieron por debajo de las metas estipuladas, además se evidencia que no es cierto que la demandante sea quien haya tenido el rendimiento más bajo, pues varios trabajadores estuvieron por debajo de ella. Por tanto, es claro que no se cumplen los presupuestos para dar por probada la causal invocada.



Virtud de lo dicho no queda otro camino que confirmar el fallo proferido en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 18-2019-874-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NÉSTOR ABDÓN MESA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Mauricio Capera Bermúdez, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de febrero de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades de seguridad social demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

El señor NÉSTOR ABDÓN MESA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

nulidad del traslado que efectuara al RAIS en enero de 1995 por intermedio de Colfondos S.A. y el posterior realizado a Porvenir S.A., en 1998, ante la omisión de dichos fondos de proporcionarle información con prudencia, pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional y las prestaciones que obtendría en el RAIS, riesgos y desventajas de pertenecer a esta; como consecuencia de tal declaración, peticona se condene a Colfondos y Porvenir S.A., a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación a dichos fondos, a Colpensiones a recibir los mismos y contabilizarlos en su historia laboral; de manera subsidiaria solicita se declare la ineficacia del traslado antedicho con los mismos efectos.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS desde 1980 y hasta agosto de 1991, que el 8 de abril de 1992 ingresó a laborar a la Rama Judicial y estando afiliado al RPM, se trasladó en 1995 a Colfondos S.A., posteriormente en el año 1988 a Porvenir S.A., que al momento del traslado contaba con 37 años de edad y no fue asesorado por dichas AFP de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional, que fue engañado ya que le indicaron que en el RAIS tendría una mesada superior a la que le reconocería el RPM, no lo asesoraron respecto del régimen que más le convenía, no le indicaron cuánto debía ser el capital requerido en su CAI para acceder a derecho pensional, ni respecto de la destinación de su aporte en ese régimen.

Afirma que no le pusieron de presente proyecciones futuras de su pensión, las condiciones para pensionarse anticipadamente, que el 27 de junio de 2019, solicitó ante Porvenir S.A., traslado de régimen al RPM, sin obtener respuesta alguna, lo propio ocurrió respecto de las demás demandadas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 20 y 24; negó el No. 21 y 18 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

Respecto de las demandadas Porvenir y Colfondos S.A., se tuvo por no contestada la acción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de NÉSTOR ABDÓN MESA HERRERA identificado con C.C. 19.266.144, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS suscrita el 19 de diciembre de 1994 con efectividad a partir del 1 de enero de 1995 y la posterior vinculación con COLPATRIA hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a través de solicitud del 9 de marzo de 1998 con efectividad a partir del 1 de mayo de ese mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor NÉSTOR ABDÓN MESA HERRERA identificado con C.C. 19.266.144, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de NÉSTOR ABDÓN MESA HERRERA identificado con C.C. 19.266.144, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento en que se realice el traslado de los aportes, sin efectuar deducción alguna; así como las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, desde el momento



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

en que se surtió la afiliación a dicho fondo, hasta que se realice el traslado de los aportes aquí dispuesto.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reactivar la afiliación del señor NÉSTOR ABDÓN MESA HERRERA identificado con C.C. 19.266.144, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que se encontraba fuera de discusión la fecha de nacimiento del actor, que cotizó 53 semanas al ISS entre el 1980 a 1991 al ISS, al sector público 200 semanas, 161 a Colfondos y las demás a Porvenir S.A., que se trasladó a Colfondos en 1994 y posteriormente a Colpatria hoy Porvenir S.A. el 9 de marzo de 1998; que en cuanto al tema de ineficacia de traslado pensional, se consagraba el derecho a la seguridad social como fundamental en la Ley 100 de 1993, normatividad que consagraba que la elección del régimen pensional era una decisión libre y voluntaria y acarrearía sanciones a quien atentara con dicha libertad, que el Decreto 663 de 1993, consagraba la transparencia de las AFP en sus operaciones para que los afiliados tomaran decisiones informadas en cuanto a estos temas, de igual manera, que dichas decisiones fueran libres y espontáneas.

Que igualmente al respecto la Sala Laboral de la CSJ en sentencia 31989 de 2008, había indicado los términos en que las AFP debían cumplir con el deber de obligación y buen consejo frente al afiliado que manifestara su voluntad de trasladarse de régimen, criterio que venía siendo ratificado hasta la actualidad y en el que se establecía de manera clara los términos de dicho deber y ante la falta de ese, el acto de traslado se tornaba ineficaz, que tal libertad informada, se debía garantizar con independencia de si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición y la carga de probar el cumplimiento de tal deber, se encontraba a cargo de las AFP.

Que examinado el caudal probatorio, sólo se contaba con los formularios de afiliación del actor a Colfondos y posteriormente a Colpatria S.A., hoy Porvenir, que si bien señalaban que la decisión allí consignada, había sido libre y voluntaria, no se demostraba que le hubiera sido suministrada al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

actor una información clara, completa, veraz y suficiente respecto de las implicaciones de la decisión de traslado de régimen pensional, no se demostró haberle indicado las características de cada uno de los regímenes pensionales, los parámetros para acceder a derecho pensional en el RAIS, ni las características de este y el señor Néstor había señalado en interrogatorio de parte que el formulario le fue puesto de presente por Colfondos S.A., en su lugar de trabajo y ya estaba en su mayoría diligenciado, que él lo suscribió sin leer; de lo que se concluía que se había ido en contravía del artículo 98 de la Ley 100 de 1993 y que para dicha decisión no había mediado el deber de información, resultando ineficaz dicha afiliación. Que a igual conclusión se arribaba en cuanto al traslado que efectuara el actor a Porvenir S.A.

Indicó que las AFP demandadas, debían retornar a Colpensiones todos los valores depositados en la CAI del actor como consecuencia de la afiliación del actor, sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, como de igual forma lo había señalado la CSJ. Señaló por último que esta acción tenía relación intrínseca con el derecho pensional, no siendo por ello de carácter prescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colfondos S.A.**, indicó que frente al numeral Tercero, no se había tenido en cuenta que desde que el actor se trasladó a Porvenir, se realizó el envío de sus aportes a esta última, no pudiendo devolver recursos que ya no existen, pues ya los devolvió; en cuanto a la condena por concepto de asunción de diferencias, en la CAI se generaban unos rendimientos y la Corte Constitucional, había indicado que el interesado era el que debía asumir tal diferencia en caso de que se presentara. En cuanto a los gastos de administración afirmó que era una comisión de consagración legal y si la consecuencia de la ineficacia era que las cosas volvieran a su estado anterior, dicha comisión no se debió haber cobrado, por lo que tampoco debieron haber existido rendimientos, por lo que la condena en mermas de capital y la devolución de tales gastos le generaba un perjuicio a dicha AFP.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Porvenir S.A., indicó en su recurso que esa AFP y Colfondos habían cumplido con las obligaciones que le imponía la Ley para la fecha de traslado, año 1995, data para la cual, no había una norma que les impusiera custodiar la información que se daba a los afiliados, obligación que había surgido hasta el año 2010 con el Decreto 2241 de dicho año, posición que había sido reiterada en varios conceptos por la Superintendencia Financiera; no siendo posible imponerles obligaciones que no estaban consagrados para la fecha en que se trasladó el actor, aunado a ello y en cuanto los gastos de administración, los mismos se habían efectuado en cumplimiento de un deber legal y se le han dado la destinación para la cual están previstos.

Por su parte, **Colpensiones** indicó que el salvamento a la sentencia SL1452 de 2019, la CSJ había indicado que se debía estudiar la particularidad de cada caso y el demandante era una persona capaz, consciente y con unas cualidades académicas que le permitían tomar una decisión libre y voluntaria, que la conveniencia de pertenecer a un régimen u otro como lo indicaba la Corte Constitucional era clara solo en los eventos en que el afiliado tuviera una expectativa pensional o perteneciera al régimen de transición y el Decreto 692 de 1994, establecía que la escogencia del régimen pensional implicaba la aceptación de las condiciones de este y el actor había realizado un traslado horizontal lo que denotaba que buscaba una mejor pensión y no su voluntad de cambio de régimen.

Que respecto de ponerle de presente proyección pensional al actor, estas no eran pruebas útiles para demostrar un vicio en el consentimiento y esta no esta obligación había surgido a partir de 2015, que la carga de la prueba no podía ser aplicada de manera genérica, pues el artículo 167 del CGP, indicaba que quien afirmaba un hecho, debía probarlo, en este caso el actor y esa carga exigía una voluntad de las partes.

Señaló por último que no podía considerarse que el afiliado siempre era la parte débil, pues ellos también tenían el deber de informarse y el demandante había permanecido por más de 20 años afiliado al RAIS y la ignorancia de la Ley no era excusa menos cuando la Ley 100 de 1993, era



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de conocimiento público, que el traslado ordenado generaba una problemática respecto de la sostenibilidad del sistema pensional, afectando las prestaciones de los afiliados que sí habían permanecido en este.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor NÉSTOR MESA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 19 de diciembre de 1994, como se verifica de copia de dicha documental allegada por la AFP en mención, no ofreciendo reparo su posterior traslado horizontal dentro del RAIS a Porvenir S.A.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Néstor, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., a la que se trasladó el demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A., según la cual, para la fecha de traslado del demandante a las administradoras del RAIS, no le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al demandante, pues como se dijo, nada lleva a tal conclusión.

Sobre este punto procede señalar a la AFP Porvenir S.A., que los conceptos emitidos al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no son de obligatoria observancia por parte de esta jurisdicción, pues tal carácter lo poseen las decisiones del órgano de cierre de la jurisdicción en las que se apoya esta Sala.

De otra parte, contrario a lo señalado por Colpensiones en recurso, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Ahora bien, tampoco le asiste razón a Colpensiones respecto del argumento según el cual, la ineficacia del traslado de régimen únicamente opera para los beneficiarios del régimen de transición o quienes tenían beneficio pensional consolidado, ya que el deber de información a que se alude debe ser suministrado a **todos** los afiliados, como en efecto lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otros en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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”.

Ahora, en cuanto a la descapitalización alegada por Colpensiones, suficiente resulta indicar que se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.

De otra parte y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones en su recurso, el demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle al afiliado toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información al respecto, la que está en custodia de las AFP, pues conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados.

Por otra parte y en cuanto al argumento de Porvenir y Colfondos S.A., referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara la juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, señaló:

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

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose confirmar la declaratoria de ineficacia.

Ahora bien y como lo pone de presente Colfondos S.A., en su recurso, no es dable condenarlo nuevamente al traslado de aportes que ya realizó, pues tal cuestión no ofreció reproche, debiendo trasladar a Colpensiones únicamente lo descontado por gastos de administración, de igual manera no debe asumir la merma en el capital de una prestación que aún no se ha estudiado para en su caso particular, razón por la cual, se modificará el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Colfondos S.A., únicamente debe efectuar el traslado de los gastos de administración durante el tiempo de afiliación del actor a esta y no la disminución en el capital de pensión.

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

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que Colfondos S.A., únicamente debe efectuar el traslado de los gastos de administración durante el tiempo de afiliación del actor a esta y no la disminución en el capital de pensión.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18201900874-01 Dte: NÉSTOR ABDÓN MESA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2017-296-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ GREGORIO SÁNCHEZ

DEMANDADO: TRANSMILENIO S.A. Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de junio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este, alegaciones por la parte demandante y demandada Transmilenio S.A.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ GREGORIO SÁNCHEZ actuando por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de TRANSMILENIO S.A., y COOBUS S.A.S. solicitando se declare que entre estas y él existió un contrato de trabajo que finalizó por causa imputable al empleador, como consecuencia de tal declaración, peticiona se condene a estas al pago de



salarios adeudados entre junio de 2014 al 2 de enero de 2015, pago de aportes en salud y pensión adeudados, así como de ARL, Caja de Compensación, cesantías desde el 17 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2015, prima de servicios por el mismo periodo, vacaciones e indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, junto con indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la sociedad Operador de Bus Solidario de Propietarios Transportadores Coobus S.A.S., y Transmilenio S.A., suscribieron un contrato de concesión No. 005 de 2010, para la prestación del servicio público de pasajeros bajo el esquema SITP, que dichas sociedades ejercían actos de subordinación frente a él y fue con Coobus S.A.S., con la que celebró contrato de trabajo a término indefinido que tuvo lugar desde el 17 de octubre de 2013, que desempeñaba el cargo de auxiliar de lavado y devengaba como salario la suma de \$992.251, el que era variable debido al trabajo en tiempo suplementario, que para abril de 2014 esa última sociedad dejó de funcionar intempestivamente.

Que elevó ante Transmilenio S.A., reclamación administrativa en marzo de 2017, sociedad que le indicó que no tenía nada que ver con los empleados de Coobus S.A., sin embargo en comunicación del 12 de julio de 2016 informa la decisión de desvincular a la totalidad de conductores de Coobus, siendo terminado su contrato de trabajo en cumplimiento de lo ordenado por la sentencia por la Superintendencia de Sociedades en auto No. 400-012524, que se le adeudan salarios entre el 1 de junio de 2014, cesantías desde el 17 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2015, vacaciones, primas y aportes al sistema de seguridad social integral por el mismo periodo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado COOBUS S.A.S., en liquidación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 2, 5, 6, 11, 12 y 19 parcialmente los 3, 4, 10 y negó los demás.



TRANSMILENIO S.A. contestó la acción judicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los No. 1, 4, 5, 6 parcialmente el 2, 10, 11, negó los No. 3 y 13 y manifestó no constarle ninguno de ellos. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la relación laboral entre José Gregorio Sánchez y Transmilenio S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva de Transmilenio S.A., inexistencia de solidaridad, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción y buena fe. (fl.67)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento:

PRIMERO: DECLARAR que entre al OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S EN LIQUIDACIÓN y el señor JOSÉ GREGORIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ identificado con cedula de ciudadanía número 79.827.979, existió un contrato de trabajo entre el 13 de octubre de 2013 al 19 de agosto de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR al OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor del señor JOSÉ GREGORIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ los siguientes rubros: SALARIOS \$15.700.350 PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES \$ 2.369.880

TERCERO: CONDENAR al OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor del señor JOSÉ GREGORIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ por concepto de indemnización por despido sin justa causa prevista en el Art. 64 del C.S.T, la suma de \$227.600,

CUARTO: CONDENAR al OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor del señor JOSÉ GREGORIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ el pago de los aportes en Seguridad Social en Pensiones en el periodo comprendido entre el 17 de octubre de 2013 al 19 de agosto de 2016, con base en el salario devengado, para lo cual el demandante aportará al Fondo de Pensiones de su preferencia, copia de éste fallo a fin de que esa entidad elabore el correspondiente cálculo de la sumas debidas.

QUINTO: CONDENAR SOLIDARIAMENTE a la demandada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A., a pagar al demandante las condenas señaladas en el numeral primero de la sentencia, conforme a lo expuesto.

SEXTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por TRANSMILENIO S.A, conforme la parte motiva de este fallo. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando que había sido aceptado por Coobus la contratación laboral del demandante, que



Transmilenio S.A., era una sociedad de carácter público, sometida al régimen de las empresas comerciales e industriales del Estado, de lo que se concluía que sus trabajadores tenían la calidad de trabajadores oficiales, que también había sido aceptado por las partes la licitación elevada por Transmilenio S.A., siendo adjudicataria para la zona 3 Fontibón la sociedad Coobus, advirtiéndose de la calidad de la sociedad Transmilenio, no era posible declarar como empleador a esta, ya que elevó dicha licitación conforme a las facultades a ella conferidas por Ley, igualmente el demandante no había demostrado que se encontrara en la planta de Transmilenio S.A. y la prestación de su servicio obedeció a la suscripción de la licitación y menos se había demostrado que esa sociedad había ejercido actos subordinantes respecto del actor, e indicó en interrogatorio que de quien recibía órdenes e instrucciones era de Coobus S.A.S.

En cuanto a la relación laboral con esta última señaló que esa sociedad aceptó la contratación del actor el 17 de octubre de 2013 a través de contrato a término indefinido para ejercer el cargo de auxiliar de lavado, con un salario mínimo legal vigente; teniéndose que quien había fungido siempre como empleador del actor, era Coobus S.A.S., y en cuanto al extremo final de la relación laboral se tenía que el demandante manifestaba que esta correspondía al 19 de agosto de 2016, la demandada en mención indicó que desde julio de 2014 había cesado sus funciones por virtud de la intervención a que fuera sometida por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte; así, pese a dicha manifestación, ello no se acreditaba en el plenario, evidenciándose que mediante auto de 19 de agosto de 2016, la Superintendencia de Sociedades había decretado la apertura del proceso de liquidación judicial de la Sociedad Coobus y el anexo 1 folio 55, se relacionaba al actor señalándose como fecha de terminación de su contrato el 19 de agosto de 2016, por lo que dicha data se tendría como de terminación del vínculo laboral.

Respecto del salario, si bien en el contrato suscrito, se había pactado el mínimo legal, de los comprobantes de nómina se podía establecer que el demandante había percibido un salario superior al mínimo; teniéndose como promedio salarial para el año 2013 la suma de \$730.056, para el 2014



\$705.396 y para las anualidades de 2015 y 2016, el mínimo legal vigente; así en cuanto a la pretensión de los salarios adeudados señaló que al no aparecer prueba del pago de salarios entre junio de 2014 al 19 de agosto de 2016m, habría lugar a condenar a Coobus al pago de los mismos en cuantía de \$15.700.350, en cuanto a las cesantías e intereses de estas reclamados, señaló que por el primer concepto durante toda la vigencia de la relación laboral, se condenaría al pago de la suma de \$2.148.350 y los intereses de estas ascendían a \$220.946, por prima de servicios, el actor había confesado que se la había pagado la prima correspondiente al año 2013, debiéndose condenar por los demás años, para un total de \$2.982.130, respecto de las vacaciones, condenó en la suma de \$972.121.

Que en cuanto al proceso concursal, había un acta mediante la cual se habían reconocido a algunos trabajadores sumas por concepto de prestaciones sociales, igualmente se había adjudicado un bien mueble, en cuantía de \$5.000.000, al actor; no obstante, el representante legal de Coobus había manifestado que sobre dicho bien pesaban varios embargos, razón por la cual este no había ingresado al patrimonio del actor, no pudiéndose descontar su valor; sin embargo, se evidenciaba que se le había efectuado un pago aceptado por el demandante en la suma de \$2.953.666, adeudándose a este entonces un total de \$3.369.880.

Respecto de los aportes al sistema de seguridad social, era contundente que no se habían realizado los mismos, por lo que había lugar a condenar al pago de cálculo actuarial a Coobus durante la vigencia de la relación laboral, esto era, entre el 17 de octubre de 2013 al 19 de agosto de 2016, de conformidad con la liquidación que al efecto realice a la entidad pensional que escogiera el demandante, teniendo como base los salarios anuales señalados por el despacho. En cuanto a los aportes de salud y ARL, la CSJ había indicado que no era procedente su condena ya que estos se encaminaban al cubrimiento de contingencias durante la relación laboral y esta ya había fenecido.

En cuanto a la indemnización por despido injusto, al trabajador solo le bastaba demostrar lo injusto del despido y al empleador que para este había



mediado justa causa, que se había determinado que la relación laboral había culminado con la apertura del trámite de liquidación de la empresa y la CSJ había reiterado que dicha circunstancia correspondía a un despido injusto y tal situación había sido aceptada por Coobus S.A., quien en acta de liquidación se advertía que había realizado un pago por concepto de dicha indemnización en cuantía de \$1.312.183 y atendiendo a los extremos temporales declarados, había laborado 1026 días y dicha indemnización entonces ascendía a \$1.539.783, menos el valor reconocido por la demandada, se encontraba pendiente de pago la suma de \$227.600.

En cuanto a la indemnización del artículo 65 del CST, indicó que la CSJ había reiterado que debía efectuarse para imponer su condena el actuar del empleador; así las cosas, señaló que si bien era cierto la demandada adeudaba salarios y prestaciones sociales, no podía desconocerse que se encontraba en estado de liquidación desde el año 2016 y pese a los retrasos en el pago de los emolumentos adeudados, no resultaba viable condenarla al pago de dicha indemnización más allá del 19 de agosto de 2016, ya que a partir de allí quedaba imposibilitada de efectuar pagos de cualquier índole, por lo que al coincidir la fecha de inicio del proceso de liquidación con la de terminación del vínculo laboral, no había lugar a condenar por este concepto y se ordenaría el pago de las sumas objeto de condena indexadas.

En cuanto a la solidaridad con Transmilenio S.A., señaló que el contrato de concesión suscrito entre esta y Coobus que tenía por objeto el transporte público de pasajeros, por lo que tal objeto se enmarcaba en el de Transmilenio S.A., a quien legalmente le había sido conferida tal función, la prestación del servicio público de transporte, siendo esta última la directa beneficiaria de los servicios para los cuales se contrató el actor, por lo que era solidariamente responsable en el pago de las sumas objeto de condena.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que el artículo 65 del CST, indicaba que había lugar a la condena por concepto de dicha indemnización por la omisión en el pago de salarios y prestaciones y el estado de liquidación de la



sociedad no era óbice para ellos, ya que los trabajadores no estaban obligados a asumir las pérdidas de la sociedad y no era culpa del actor el mal manejo administrativo de la sociedad empleadora.

Coobus S.A.S., recurrió señalando que la Juez había que los pagos efectuados al actor, no habían ingresado a su patrimonio, no obstante el artículo 58 de la Ley 1116, señalaba con claridad que con la adjudicación, los acreedores obtenían el dominio de los bienes y se extinguían las obligaciones hasta la concurrencia del valor de los mismos, por lo que únicamente con la providencia de la adjudicación se debía tener la obligación por extinguida.

En cuanto a la indemnización moratoria, a partir del momento en que ingresaba la sociedad en insolvencia, se imposibilitada efectuar pagos de cualquier índole por lo que ello se encontraba ajustado conforme lo indicó la decisión de primer grado y no había lugar por ello a la indexación reconocida al estar sometida a una graduación de créditos.

Transmilenio S.A., recurrió señalando que en cuanto al extremo final de la relación laboral señalado, había un documento de reclamación presentado por el mismo actor ante esa sociedad en el que señaló que había presentado carta de renuncia a Coobus el 6 de junio de 2014 y en gracia de discusión de no tener en cuenta dicha prueba, se tuviera en cuenta el documento de reclamación dentro del proceso concursal, cuya fecha no era la señalada como extremo final y las afirmaciones del apoderado actor constituían confesión, por lo que de no tenerse en cuenta las datas en mención, se debía tener en cuenta lo indicado por este.

En cuanto al descuento del pago de bien dado en dación de pago al actor, al momento en que se hiciera efectivo el levantamiento de los embargos a dicho bien, existiría un enriquecimiento sin causa a favor del actor en razón a que iba a tener a su favor una doble condena, la esta sentencia la de la dación en pago, debiendo ser esta compensada.

Respecto de la condena de pago de aportes, el mismo actor había indicado que desde junio 2014, la sociedad había dejado de funcionar, se había aportado la



resolución de terminación anticipada del contrato de concesión, indicándose la fecha de terminación de actividades y se debía entonces estudiar la fecha inicial en la que empezaba a operar la condena. En cuanto a la solidaridad, se hacía un estudio escueto del contrato de concesión, ya que a Transmilenio S.A., le correspondía organizar y planear el servicio de transporte público, más no prestarlo, el cargo desempeñado por el actor, tampoco hacía parte de la planta de personal de esa sociedad, por lo que no lo habría podido contratar por prohibición legal, no tenía ningún espacio para lavado de vehículos, pues no ejercía dicha laboral.

Indicó que no se había efectuado el estudio de la excepción de prescripción propuesta y evaluar la responsabilidad conforme a las reclamaciones elevadas y la fecha allí indicada como de terminación del vínculo laboral.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, abordando por cuestión metodológica en primer lugar el argumento respecto del extremo final de la relación laboral, para luego analizar la procedencia de la indemnización del artículo 65, la dación en pago alegada y finalmente la existencia de la solidaridad declarada como punto de reproche, de lo cual dependerá el estudio de la prescripción.

Respecto del primer punto y no habiendo reproche en cuanto a la existencia de la relación laboral del actor con Coobus S.A.S, la que igualmente se encuentra suficientemente probada en el plenario digital; se tiene en cuanto al extremo final de la relación laboral; que la recurrente Transmilenio S.A., señala que en reclamación ante esa sociedad que elevara el actor, este relató que renunció a su cargo el 6 de junio de 2014; no obstante ello, de dicha reclamación aportada por la parte demandante, pues la recurrente en mención no allegó la misma, se logra determinar que el señor José Gregorio relata la iniciación de su relación laboral con Coobus, el cargo y salario por él devengado en virtud de la misma e indica que en abril de 2014, esa sociedad dejó de funcionar sin que se le hubieran pagado salarios y



prestaciones desde dicha data y hasta la fecha en que eleva tal reclamación; razón por la cual de tal documental, no se arriba a la conclusión de la recurrente en el sentido de que el actor indicó que renunció a su cargo en 2014, ya que anuncia tal anualidad para referir el cese de operaciones de la sociedad Coobus S.A.S., sin que haya lugar a modificar dicha data que en efecto corresponde al 19 de agosto de 2016 como se detalla con calidad de documental expedida por Coobus S.A.S., contentiva de *relación de terminación de contrato con ocasión a la apertura de liquidación*, que obra en expediente digital y da cuenta que dicha lista se encuentra detallado el actor, señalándose como fecha de terminación de su vinculación, el 19 de agosto de 2016.

Indemnización moratoria

Sobre este punto y determinado como quedo que el extremo final de la relación laboral del actor con Coobus S.A.S., corresponde a la data en que esta última sociedad fue admitida en proceso de liquidación por parte de la Superintendencia de Sociedades por auto 400-012524, se tiene que le asiste razón la decisión de primer grado respecto de la improcedencia de condenar a esta indemnización ya que tal cuestión ha sido puesta de presente por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL2805 de 2020, oportunidad en que señaló:

Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo hasta el 17 de octubre de 2012, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014). (Negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, contrario a lo indicado por la parte demandante también en alegaciones, no hay lugar a condenar a la indemnización bajo estudio conforme lo señalado en precedencia, máxime cuando en este caso, no se está ante un trámite de reorganización, sino de liquidación, razón de más para concluir la imposibilidad de la sociedad para efectuar pagos luego de admitirse en tal proceso data que se itera, corresponde a la finalización de la relación laboral, no habiendo lugar a variar la decisión en este aspecto.



Ante lo anterior, de igual manera se encuentra ajustada la decisión en cuanto ordenó la indexación de las sumas objeto de condena, ya que contrario a lo indicado por Coobus S.A.S., con esta se pretende cubrir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Ahora bien, en cuanto al bien dado en dación en pago al actor, cuestión que no ofreció reproche, para esta Sala al igual que lo señalado en la decisión de primer grado, no hay a compensar el valor de dicho bien, pues tampoco ofreció reproche que sobre el mismo pesan **embargos** y dichas medidas como es bien sabido, determinan la imposibilidad de que el bien pueda circular en el comercio; de tal manera, al actor no es posible utilizarlo y menos enajenarlo para con ello concluir que se cubrió una parte de la obligación; así las cosas, no hay lugar a tener como pago este bien, pues como bien adujo la juez de primer grado, no ha ingresado al patrimonio del actor ante la imposibilidad de ello por virtud de las medidas que pesan sobre él y si con posterioridad se levantan las restricciones sobre él, en caso de que ya se hubiese pagado las sumas objeto de condena, la sociedad en trámite de liquidación puede disponer de este, para cubrir otra de sus acreencias y así no se incurre en un doble pago como lo indica Transmilenio S.A.

En cuanto a la declaratoria de responsabilidad solidaria que recurre Transmilenio S.A., esta Sala encuentra que le asiste razón en su argumento reiterado en alegaciones, como quiera que el artículo 34 CST indica que la solidaridad allí prevista, no procede cuando se trata de *labores extrañas* a las ejecutadas por el beneficiario de la labor; resultando que se dan dichos presupuestos en esta oportunidad como quiera que bien quedó determinado en la decisión de primer grado que Transmilenio S.A., tiene como objeto legal la *gestión, organización y planeación del servicio de transporte público urbano de pasajeros de Bogotá*, conforme lo señalado en el Acuerdo 4 de 1999, evidenciándose que el cargo ejecutado por el actor y que no ofreció reproche, fue el de **auxiliar de lavado**, labor que no es conexas y resulta extraña al objeto para el cual fue creado Transmilenio S.A., así las cosas, se dispondrá **revocar** el numeral QUINTO de sentencia recurrida, para en su lugar



ABSOLVER a esta demandada de las pretensiones incoadas en su contra, confirmando en lo demás la decisión recurrida.

Por último ante la absolución antes dispuesta, no hay lugar a abordar el estudio del argumento tendiente a la excepción de prescripción, pues no fue objeto de reproche por la sociedad Coobus S.A.S.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el numeral QUINTO de sentencia recurrida, para en su lugar ABSOLVER a Transmilenio S.A., de las pretensiones incoadas en su contra; conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2021-157-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARCOS ANTONIO BARBOZA
DEMANDADO: OUTSOURCING A SU SERVICIO LTDA. Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de octubre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la demandada Comunican S.A.

ANTECEDENTES

El señor MARCOS ANTONIO BARBOZA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y la sociedad Outsourcing a su servicio Ltda., existió un contrato por obra o labor sin solución de continuidad desde el 19 de noviembre de



2015 al 5 de abril de 2018, que se declare la nulidad del acto de terminación unilateral del contrato de trabajo, por cuanto el empleador omitió solicitar autorización ante el Ministerio de Trabajo, por lo que la terminación unilateral de su contrato, no produjo ningún efecto y se declare solidariamente responsable del reconocimiento y pago de todas las sumas adeudadas a Comunican S.A., al ser la beneficiaria final de las laborales por él ejecutadas; como consecuencia de tales declaraciones peticona se condene a la demandada principal a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y salario, como quiera que su despido se realizó estando amparado de estabilidad laboral reforzada, condenando a esta y solidariamente a Comunican S.A., a reconocer y pagar los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos con incidencia salarial dejados de percibir desde la fecha de su despido y hasta que sea reintegrado.

Que se condene a las demandadas al pago de sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y en subsidio peticona se condene al pago de indemnización por despido sin justa causa.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició relación laboral a través de contrato de trabajo por obra o labor con la sociedad Outsourcing a su Servicio Ltda., el 19 de noviembre de 2015, la que tuvo lugar hasta el 5 de abril de 2018, en virtud de la cual, se desempeñó como supervisor, desarrollando las labores propias de dicho cargo y las que tenían como destinataria a la sociedad Comunican S.A. – El Espectador, sociedad que le impartía las órdenes y supervisaba el cumplimiento de dichas funciones, aunado a ello en las instalaciones de esta última, fue donde prestó el servicio.

Que el 17 de febrero de 2017, desarrollando las labores propias de su cargo, sufrió un accidente de trabajo, siendo diagnosticado con *trauma en el hombro y codo derecho*, que como consecuencia de ello, le fueron prescritas varias incapacidades, determinándose el 13 de septiembre de 2017 que debe



ser sometido a una cirugía para tratar las lesiones articulares ocasionadas por el AT, el 7 de noviembre de dicha anualidad, se le realiza la cirugía, prescribiéndosele una incapacidad de 30 días, que como consecuencia de la poca evolución en la sintomatología y secuelas del accidente, el médico tratante le prescribe 2 periodos más de incapacidad, las que se extienden hasta el 5 de febrero de 2018, que al finalizar los 3 meses de incapacidad, se dispuso a retornar a sus labores bajo el sometimiento de recomendaciones médico – laborales; no obstante ello, el 20 de febrero de 2018 luego de 17 días de haber reingresado a sus laborales, la demandada Outsourcing a su Servicio Ltda., le indica que empezará a disfrutar de 30 días de vacaciones a partir del 22 de febrero de 2018, regresando nuevamente el 2 de abril de 2018, luego de cumplido dicho periodo de vacaciones a laborar.

Indica que el 6 de abril de 2018, esa sociedad le comunica la terminación del contrato por obra o labor con él suscrito aduciendo que la obra para la que fue contratado, había finalizado, que dicha terminación no obedeció a una justa causa, no se pidió autorización al Ministerio de Trabajo por su condición de trabajador con discapacidad declarada, que al ser calificadas sus patologías, se determinó por parte de las Juntas Nacional y Regional que tenía una PCL de 13.81%.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad OUTSOURCING A SU SERVICIO LTDA., contestó, la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los contenidos en numerales No. 1 a 4, 7 a 12 y 15 a 18 referentes a la existencia de la relación laboral a través de contrato por obra o labor, sus extremos temporales, las patologías del actor y la forma de terminación del contrato, manifestó no constarle los No. 6 y 14 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido y prescripción.

La sociedad COMUNICAN S.A., de igual forma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó el No. 18 y manifestó no



constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia absoluta de relación contractual con el demandante y legalidad de la relación comercial entre Outsourcing a su Servicio y Comunican S.A., inexistencia de solidaridad por autonomía técnica, administrativa y financiera de Outsourcing a Su Servicio Ltda., inexistencia absoluta de trabajo en misión, inexistencia de obligaciones laborales a cargo de Comunican S.A., falta de legitimación para ser demandada, inoponibilidad de los hechos y argumentos expuestos en la demanda, cumplimiento legal e las obligaciones derivadas del contrato comercial suscrito con Outsourcing a Su Servicio Ltda., actuación de buena fe de Comunican S.A. y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante Marcos Antonio Barboza Sanguino y la demandada Outsourcing a su Servicio Ltda., existió contrato de trabajo por obra labor el cual estuvo vigente entre el 19 de Noviembre del 2015 al 5 de abril del 2018, último salario \$941.027 pesos.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandas Outsourcing a su Servicio Ltda., y solidariamente a Comunican SA a apagar al señor Marco Antonio Barbosa Sanguino por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de \$14.460.448.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Respecto al contrato de trabajo, no se discute que entre la parte demandante y la demandada Outsourcing a su servicio, existió contrato de trabajo por obra o labor, el cual estuvo vigente entre el 19 de noviembre del 2015 al 5 de abril de 2018. Pues así se admite de la misma contestación de la demanda realizada por Outsourcing a su servicio y además se corrobora con el mismo contrato de trabajo, la comunicación de terminación del contrato y la liquidación final de prestaciones. Determinado de esta forma, el contrato de trabajo existente entre las partes y su vigencia, procedemos a estudiar las demás pretensiones de la demanda. Estabilidad laboral reforzada, aduce el demandante se encuentra bajo estabilidad laboral debido a su estado de debilidad manifiesta por sus condiciones de salud, pues al momento de la terminación de la relación laboral, que fue el 5 de abril de 2018, presentaba reducción de su capacidad operativa motriz y psicosocial derivada del accidente laboral que se presentó como trabajador de la demandada. Por su parte, la demanda outsourcing a su servicio en su defensa señaló que, para el momento de la terminación del contrato, el demandante no tenía ninguna de esa situación de debilidad manifiesta. En cuanto a la terminación del contrato de trabajo que existió entre las partes o frente a ello, no existe controversia, pues desde la contestación de la demanda se admite que fue despedido de manera unilateral, pero señala que existe una justa causa para ello en relación a la terminación de la obra o labor contratada; con base en ello, fundamenta su pretensión la parte actora en que al momento del despido se encontraba en situación de protección especial, pues, venía presentando afecciones de salud.



De ahí que es importante tener en cuenta lo que al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, que refiere que con antelación al momento mismo del despido, el empleador debe contar con conocimiento pleno de la existencia de las condiciones de funcionalidad diversa del trabajador que le merecen protección especial. La parte demandante amparada por esta protección del artículo 26 de la ley 361 del 97 y se trasladaría a la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo causa objetiva en la desvinculación o más bien existe y que debió existir autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resulta incompatible con la labor que debe desempeñar en ausencia de las posibilidades de reubicación. Así las cosas, en primera medida se deben determinar si el demandante se encuentra dentro de las personas protegidas por el artículo 26 de la ley 361 del 97, conforme los presupuestos esbozados por la Corte Constitucional en la sentencia C 531 del año 2000. Así las cosas, el artículo 26 establece que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral a menos que dicha limitación sea claramente demostrada, como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona con dicha limitación, podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del trabajo. La sentencia C 531 del año 2000 establece la ineficacia del despido si se presenta en estas circunstancias, ahora bien, debe señalarse que la ley 361 del 97 no tiene por objeto la protección de un trabajador que aduzca cualquier clase de limitación, por cuanto su cobertura supone la acreditación de tal condición física a través de medios de certificación previstos en la ley para tal fin.

Es por ello que, a través de su artículo 5, dicha ley consagra unas exigencias formales para consolidar esa limitación; frente a lo anterior, igualmente, debe recordarse que la jurisprudencia sobre la protección laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta indica que no necesariamente deben estar calificados para ser beneficiarios de esa protección especial que se deriva del artículo 26 de la ley 361 del 97, sino que debe demostrarse, una disminución evidente en el estado de salud del empleado que afecte sus funciones laborales y, por tanto, queda restringida la facultad del empleador para terminar su contrato en aquellos casos en que el trabajador sufre una limitación en el sentido que tiene que ser autorizado por el Ministerio del Trabajo.

En ese sentido, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU 049 del año 2017, donde señaló que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es predicable frente a quienes han sido desvinculados, sin autorización de la oficina del trabajo, aún cuando no presenten una limitación de pérdida de capacidad moderada, severa, profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje de PCL, si su salud es una limitación que impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares. La Corte Suprema de Justicia también ha proferido sentencias en este sentido. Sentencias SL 572 del 24 de febrero de 2021, señaló en lo pertinente lo siguiente “se destaca el carácter relevante que tiene la calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores. Sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación de convencimiento en el evento en que no existe una calificación y por lo tanto, se desconozca el grado de limitación que pone al trabajador en una situación de discapacidad esta limitación se puede inferir del estado de salud siempre que sea notorio, evidente, perceptible, precedido de eventos que constaten la necesidad de protección como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones cuenta con un concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que muestre su estado grave de salud o severa lesión que limite la realización de su trabajo” siguiendo el criterio jurisprudencial anteriormente señalado se tiene que con anterioridad a la terminación del vínculo laboral del demandante que lo fue el 5 de abril del 2018, el empleador conocía en relación con el estado de salud del demandante, que el 17 de febrero del 2017, no había sufrido accidente de trabajo y tuvo una afectación o trauma de hombro y codo derecho, también conocía que el demandante presentó incapacidades por 3 meses, la cual finalizó el 5 de febrero de 2018 y para este momento el demandante regresó a sus labores bajo recomendaciones médico laborales



y restricciones médicas, ello conforme a lo expuesto en la contestación de la demanda presentada por outsourcing a su servicio Ltda.

Al respecto, del interrogatorio de parte de la representante de Outsourcing, manifiesta que efectivamente, al momento de la terminación del contrato de trabajo, el señor demandante no estaba incapacitado, no tenía restricciones médicas vigentes y venía ejecutando su labor administrativa de manera normal. Interrogatorio de parte del demandante; también manifestó a las preguntas del despacho que él, efectivamente en algunos momentos tenía que salir a la calle a hacer la supervisión de repartición, pero que la mayoría de su trabajo era en la oficina y que efectivamente, al final de la relación también la ejecutaba de forma normal. Ahora bien, de la historia clínica, que son las documentales aportadas en la demanda nos permite establecer que, en efecto, el demandante, el 17 de febrero del 2017 acudió al servicio de urgencias con ocasión a la caída que había sufrido, se le diagnosticó contusión de hombro y de brazo y contusión de codo, por lo que se ordenó a tomar medicamentos, se concedió incapacidad por el término de 2 días y que debía realizarse control por ARL, igualmente evidencia que el 13 de septiembre de 2017 el demandante consulta a la ARL Colpatria en la cual se consideró que era candidato a una cirugía artroscópica del hombro con el fin de tratar las lesiones articulares ocasionadas con el accidente de trabajo y derivado de ello, se le dieron 30 días de incapacidad a partir del 7 de noviembre del 2017 por el diagnóstico de reparación del supraespinoso y que debía asistir a consulta el 24 de noviembre solicitando autorización anexa Colpatria; también se advierte que el demandante acudió a diversas consultas, una de ellas el 7 de diciembre del 2017, en la cual se otorgó incapacidad durante 30 días a partir del 7 de diciembre y se ordenó cita de control el 27 de diciembre para evolución. Otra consulta fue el 6 de enero de 2018, en la cual se ordenó terapia física y rehabilitación de hombro derecho y se dio otra incapacidad durante 30 días a partir del 6 de enero, y se citó el 24 de enero del 2018 para la valoración y evolución en la consulta del 24 de enero del 2018, se dio nueva orden de terapia y rehabilitación de hombro derecho y se ordenó iniciar labores a partir del 5 de febrero con recomendaciones de no levantar el brazo hasta 90 grados, no subir a andamios o escaleras, no taladrar o repercutir y cargar hasta 6 kg, se ordenó remitir a medicina laboral y se ordenó cita de control el 21 de febrero. Además, el 5 de febrero del 2018, acudió a evaluación de condición y actualización de recomendaciones laborales, en la cual se dispuso, como plan de manejo, que continuaba con terapias físicas, dado que faltaban 20 sesiones se generó reintegro a trabajar con recomendaciones laborales por dos meses y seguir control de otro ARL. El día 21 de febrero de 2018, el demandante, nuevamente va a consulta en la cual se dispuso que debía seguir con la terapia física y rehabilitación de hombro derecho, podía seguir laborando con restricciones dadas y acudir a control el 15 de marzo y con posterioridad a la terminación del contrato, esto es, 6 de abril de 2018, el demandante acude a consulta en la cual se le ordenó que debía seguir con terapia física y rehabilitación de hombro y podía laborar con restricciones.

Así las cosas, si bien se acredita que el demandante en febrero del 2017 sufrió accidente de trabajo al caer de su moto, ello generó una incapacidad inicial por el término de 2 días y el mes de noviembre de 2017 se realizó cirugía, de la cual derivó la incapacidad que terminó en 3 meses; además, desde enero del 2018 se encontraba en terapias físicas. El despacho considera que no se demuestra por parte del señor demandante que al momento de la terminación del contrato se presentarán dolencias fuertes que impedirían el desempeño normal de su cargo, para el cual había sido contratado y que correspondía al de supervisor, eso se quedó en simples afirmaciones del demandante, su interrogatorio de parte por sí solo no causa la certeza pertinente al despacho y del interrogatorio de parte de la demandada, no se establece ninguna confesión en ese sentido. Además, no hay evidencia de que se haya generado incapacidades que le impedirían laborar en esos últimos días antes de su desvinculación dado que la última incapacidad se concedió, finalizando los dos meses antes de la terminación del contrato de trabajo. Adicionalmente, las calificaciones de pérdida de capacidad laboral del demandante, realizadas ante la Junta regional de calificación y Junta nacional se efectuaron con posterioridad a la terminación de contrato, respectivamente el 16 de julio del 2018, 23 de enero de 2019, y las mismas determinaron que el demandante presentaba una pérdida de capacidad laboral de 13,83% con fecha de estructuración 8 de mayo de 2018, lo cual también es por fuera



de su vínculo laboral, que corresponde al cumplimiento de 6 meses de reparación del supraespinoso derecho, lo cual también se origina, reiteramos, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo. Por lo anterior, teniendo en cuenta que la afectación a la salud del trabajador no era grave para el momento del despido, se concluye que no podría considerarse beneficiario de esta estabilidad laboral reforzada que pregona, ya que la misma no se configuró, pues no se allegó prueba fehaciente que permitirá considerar probado el fundamento de las solicitudes principal para la reinstalación o reintegro a su puesto de trabajo, como lo era su deber, conforme a la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso. En ese sentido, era el demandante quien tenía que acreditar en el proceso su grave estado de salud para el momento de su desvinculación, que no le permitiera compararse con sus pares. De acuerdo a los anteriores razonamientos, el despacho absolverá de esta pretensión.

La siguiente pretensión tiene que ver con la subsidiaria, que la indemnización por despido sin justa causa, para la prosperidad de esta pretensión es necesario que el trabajador acredite derecho del despido y la demandada debe demostrar la justa causa para tal decisión y sino, será responsable de la indemnización del artículo 64 del CST; en cuanto a la terminación del vínculo laboral conforme a la comunicación, que remitió outsourcing a su servicio al demandante, fue el 6 de abril de 2018; resulta claro que ese día se terminó el contrato aduciendo que la obra labor para la cual fue contratado finalizó de acuerdo a ello, se procede a verificar y, en efecto, este hecho tuvo lugar al revisar el contrato de trabajo suscrito ante el demandante y la sociedad outsourcing a su servicio se evidencia que el mismo corresponde un contrato de obra o labor en el que se estableció que el empleador contrata los servicios personales del trabajador para soportar, apoyar y desempeñar en forma exclusiva las funciones inherentes al cargo de supervisor, que la duración del contrato sería por el tiempo requerido para la realización de la obra, labor para la cual el trabajador estaba siendo contratado y que la labor contratada era la prestación del servicio indicado en el encabezado del contrato, esto es supervisor, el cual duraría el tiempo estrictamente necesario solicitado por el empleador o por el cliente, por lo que el contrato terminaría cuando el cliente comunicará al empleador que había dejado de requerir los servicios. En ese sentido, aunque el contrato de trabajo del demandante no se indica, el cliente a outsourcing a su servicio para el cual el demandante ejecutaría el cargo de supervisor. Lo cierto es que en la demanda outsourcing a su servicio admiten el hecho número 3 referente a las labores que desarrolló el demandante, que tenía como destinatario y beneficiario la sociedad, Comunican SA que esta labor se desarrolló bajo órdenes y supervisión de Comunican. Ahora bien, no existe prueba alguna en el proceso que permita determinar que la labor contratada entre estas dos entidades finalizó el 5 de abril de 2018, como se señala en la comunicación de terminación del contrato del demandante; por el contrario, con la contestación de la demanda presentada por Comunican, aportó una carta unilateral del contrato de distribución de terminación de este contrato de fecha 4 de julio de 2019 dirigida a Outsourcing a su servicio, a través de la cual se informó de que de conformidad con la cláusula novena del contrato de distribución suscrito entre las partes el 21 de enero de 2015, cuyo objeto era la prestación del servicio de entrega de material, se decidía dar por terminado de forma unilateral a partir del 16 de junio del 2019.

Conforme a lo anterior, no podría considerarse que existía una justa causa para la terminación del contrato de trabajo del demandante, dado que la labor contratada no había finalizado en el mes de abril de 2018 y por ello resulta procedente la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del CST. Para este caso corresponde a los salarios establecidos entre el lapso determinado por la duración de la obra labor contratada, lo cual sería entre el 6 de abril de 2018, día siguiente de la finalización de su contrato, hasta el 16 de julio del 2019, fecha en la que finalizó el contrato de distribución entre las demandadas. Teniendo en cuenta que la liquidación final del contrato se indica que el último sueldo básico fue de \$941.027, la indemnización por despido sin justa causa asciende a la suma de \$14.460.448, dinero que debe cancelarse debidamente indexado desde la fecha de su causación a la fecha de su pago por parte de su empleador Outsourcing a su servicio limitada.



Respecto de la solidaridad en el presente asunto, se demanda en forma solidaria, Comunican SA dado que, se aduce que la beneficiaria de la labor que el demandante realizaba en virtud de su contrato de trabajo con Outsourcing a su servicio SA que era la beneficiaria; conforme a lo anterior, debe hacerse mención de lo normado en el artículo 34 del CST. En cuyo texto se consagra la solidaridad cuando se presenta alguno de los supuestos allí contemplados de conformidad, reiteramos, artículo 34, siendo una de ellas, el beneficiario del trabajo o dueño de la obra con el contratista independiente que lo adelanta o ejecuta por el valor de los salarios, prestaciones, indemnizaciones a que tenga derecho este último, siempre que no se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario del trabajo de la labor, es decir, que dicha norma establece en qué casos o circunstancias opera la solidaridad de las empresas para con los trabajadores vinculados con el contratista. Ahora bien, conforme al certificado de existencia y representación legal, es donde vamos a observar el objeto social de la empresa, Comunican SA, en dicho objeto que corresponde, entre otros dice, explotación industrial y comercial en todas sus formas del negocio de artes gráficas, así como la redacción, edición, publicación, administración, distribución, se reitera, se señala esto por el despacho, distribución y venta del periódico el espectador y toda clase de periódicos, revistas, libros y folletos, creación, producción, edición, distribución y comercialización de contenidos, informativos, noticiosos, culturales o de entretenimiento por cualquier medio conocido o por cualquier bien, sea impreso o acetato, video, medio magnético, digital o virtual.

Así las cosas, se acreditan el plenario, claramente que conforme al objeto social se comunican SA y la actividad que ejerció el demandante, se dan los presupuestos que prevé el artículo 34 del CST, para que se predique la solidaridad del beneficiario o dueño de la obra respecto del contratista independiente, tales como la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad demandada Outsourcing a su servicio, la presencia de contrato entre este último y la sociedad beneficiaria del trabajo, que sería Comunican SA, y además la labor que desarrollaba el demandante quien ejecutó actividades propias del contrato de distribución entre las demandas, el cual tenía por objeto el servicio de entrega de material a nivel nacional, y siendo que este servicio no era extraño a las actividades normales de Comunican, está en su objeto social diferente, que no lo hiciera, pero está en su objeto social, por el contrario, obedece o atiende a la función principal de esta empresa bajo estos términos, es claro que queda demostrada la solidaridad entre la demandada, Comunican SA y se infiere que las actividades desarrolladas por el demandante guardan directa relación con el objeto social del contratante, por ende se deberá condenar solidariamente a Comunican SA al pago de la indemnización que acabamos de ordenar.

En relación con la excepción de prescripción propuesta por Outsourcing a su servicio, debe tenerse en cuenta que la indemnización por despido sin justa causa se genera a partir de la terminación del contrato esto es 5 de abril del 2018, la demanda se impetra el 18 de marzo del 2021, por lo que no transcurrió el trienio establecido en la norma para declarar probada la excepción.

RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandante:

Quiero interponer recurso de apelación frente al numeral 3 de la sentencia que usted acaba de proferir este descenso radica básicamente en el sentido de que no es tan acertado que el señor Marco Antonio Barbosa demandante para la presente causa no estuviera en un estado de debilidad manifiesta, ni que presentara afectaciones que limitarían o representarían una desmejora en su desarrollo y su actividad motora para el cumplimiento de las funciones para la cual había sido contratado, tan es así que el demandante para la época de los hechos de la terminación del contrato tuvo y acumuló sendas y prolongadas incapacidades otorgadas por una entidad tratante, una entidad médica que determinaba que necesitaba un tiempo de recuperación pertinente y más allá de eso, también manifestó que necesitaba unas terapias, unos elementos de recuperación para poder tener una nivelación óptima de su desarrollo de capacidades. También da cuenta que esa discapacidad con la que tuvo que seguir ejecutando las labores para la que fue contratado le impidieron desarrollar su calidad de supervisor



que fue el objeto contractual de su contrato de trabajo y lo ubicaron por parte de la empleadora Outsourcing a su Servicio en actividades administrativas, que hacían caso a esas limitaciones, restricciones médico-laborales que determinó la misma ARL; por ello, se debe evidenciar que efectivamente, sí mi poderdante tenía unas condiciones que lo ponían en desmejora o lo tenían en un nivel diferente dentro de ese ecosistema de desarrollo de actividades en sus pares productivos.

En ese punto, nuevamente es válido recordar que los dictámenes proferidos por los científicos no son una prueba solemne para decretar la discapacidad, sino que hacen parte de uno de los elementos para poder asignar o acreditar requisitos para la fijación de unas prestaciones asistenciales y económicas de tal suerte que difiero nuevamente su señoría lo digo con todo respeto de la decisión que acaba de tomar y precisamente el numeral tercero de no conceder la declaratoria de que mi poderdante era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, pues como ya se indicó en el plenario las pruebas aportadas, sí presentaba una desmejora en su capacidad productiva y el desarrollo de actividades se vio en permeado por esta situación. En ese sentido, solicitó que superior jerárquico del presente despacho, es decir, valide, verifique, habilite y de interpretación nueva a los elementos probatorios que se allegan al plenario para que de esta forma revoque el numeral tercero de la presente sentencia y acceda a las pretensiones que se han alegado.

Demandada Outsourcing a su Servicio Ltda.

En lo referente a la condena del artículo 64 por la indemnización por despido sin justa causa. Considero que no se debe proceder con esta condena, toda vez que la terminación del contrato de trabajo se hizo con justa causa, con base en la documental aportada en el proceso en la cual se establece que la terminación del contrato de trabajo se dio por terminación de la obra labor, para la cual él fue contratado. Con base en la carta de terminación del 5 de abril del 2018, la cual se relaciona con el contrato de trabajo por obra labor, donde se establece que el contrato por obra labor estaba ceñido a la ejecución del contrato desarrollado con la empresa Comunican S.A., entonces desde ese punto de vista, ¿la terminación se surtió por cuanto dice contrato o ¿esa obra terminó con la empresa Comunican? Ahora bien, también discurro respecto del hecho de que el contrato hubiese terminado en el año 2019. Por cuanto este contrato con Comunican S.A., se dio por finalizado por la obra en el momento en el que terminó la obra o labor para la cual fue contratado el trabajador, es decir en el año 2018 y no en el año 2019, por esa razón considero con todo respeto que la indemnización por despido sin justa causa no debe tener éxito y por ello solicito de manera respetuosa que el de Tribunal analice los documentales aportados al expediente para que absuelva a la empresa a Outsourcing a su Servicio de esta condena.

Demandada Comunican S.A.

Reiteramos nuevamente lo que corresponde a la solidaridad, Comunican contrató un tercero para ejecutar un servicio, dicho tercero en este caso que es Outsourcing a su Servicio Ltda., realizó ese servicio contratado a cambio de un precio con sus propios medios, con libertad y autonomía, técnica y directiva. Es de anotar que la distribución en derecho comercial implica la compra de productos para su posterior venta y en este caso son productos editoriales. Es importante tener en cuenta que el contrato de distribución es un contrato innominado, por tal razón la entrega de productos es una labor propia del contrato de transporte, actividad que no realiza, comunican SA y que por ende contrata la prestación de este servicio con un tercero para este caso, la demanda, que es Outsourcing, reiteramos que no incidimos ni tenemos injerencia en la contratación y en las determinaciones que tome el tercero para efectos de las terminaciones de contratos de sus trabajadores.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, teniendo como puntos de inconformidad, se al



momento de la terminación de la relación laboral del actor, gozaba de estabilidad laboral reforzada, la procedencia de la condena por concepto de indemnización por despido injusto y la declaración de solidaridad respecto de la sociedad Comunican S.A.

Sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la relación laboral sostenida por el demandante y la demandada Outsourcing a su Servicio Ltda., entre el 19 de noviembre de 2015 al 5 de abril de 2018, en virtud del cual este prestó sus servicios a favor de Comunican S.A., pues así lo aceptan las demandadas en mención, esta última indicando que ello se debió a un contrato de índole comercial y tampoco se discutió el accidente laboral que sufrió el actor el 17 de febrero de 2017.

En cuanto al primer punto, esto es, la estabilidad laboral reforzada alegada en su recurso por la parte demandante al momento de terminación del vínculo laboral, se tiene que contrario a lo indicado por este y como bien lo señaló la juzgadora de instancia y así lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el padecimiento de cualquier enfermedad, no activa la garantía prevista en la Ley 361 de 1997 y así lo reiteró esta Corporación en reciente sentencia SL572 del 24 de febrero de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera; indicando que la garantía de estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, se activa siempre y cuando **al momento del despido**, el trabajador cuenta con la calificación formal de la PCL que le ocasiona su patología, al respecto señaló:

En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás ha adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.

En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:

En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:



(...)

Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.

Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido.

Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se observa que en el presente si bien fue allegada calificación de PCL expedida por la autoridad competente para el efecto, último dictamen que data del **23 de enero de 2019**, expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante el cual se califica la patología del actor, se tiene que dicha documental da cuenta que la estructuración de la misma, data del **4 de mayo de 2018**, lo que de entrada permite determinar que la estructuración de su patología se dio con posterioridad a la fecha en que finalizó el vínculo laboral del actor, que como se señaló, tuvo lugar el 3 de abril de 2018, no cumpliéndose así con los presupuestos señalados en criterio jurisprudencial en cita para considerar al actor beneficiario de la estabilidad laboral alegada, pues en gracia de discusión si tal calificación hubiera tenido lugar en vigencia de la relación laboral, la PCL allí señalada fue del 13.83%, esto es, no alcanza el 15% indicado por el organismo de cierre de la Jurisdicción ordinaria para el efecto pretendido, sobre este



particular, indicó el pronunciamiento en cita que sino se cuenta con tal calificación, la patología debe ser de tal magnitud que impida al trabajador desarrollar su labor; presupuesto que tampoco concurre en el presente, pues el mismo actor indica en escrito de demanda que se encontraba en ejecución de sus labores cuando recibió la comunicación mediante la cual le informaron sobre la terminación de su vínculo laboral, lo que determina que su patología, no era incapacitante, razón por la cual, en este aspecto, la decisión no será objeto de modificación.

Indemnización por despido sin justa causa

Sobre el particular, no ofreció reproche que el actor prestó sus servicios a favor de comunican S.A., y que la modalidad de su contrato, fue por obra o labor contratada como da cuenta la documental contentiva de este que fuera allegado por la parte demandante; a este respecto, señala la recurrente Outsourcing a su Servicio Ltda., que la terminación de la obra o labor para la que fuera contratado, había finalizado para el 2018, data en la cual, se le comunicó la terminación de su vinculación.

Es así como contrario a lo señalado por la sociedad en mención, en el presente la finalización de la obra o labor, no tuvo lugar en el año 2018, ya que de dicha afirmación no obra prueba, aunado a ello, Comunican S.A., junto con escrito de contestación aportó comunicación remitida a Outsourcing a su Servicio Ltda., del 4 de junio de 2019, en la que le indica que su voluntad de finalizar el contrato de distribución suscrito entre las sociedades demandas a partir del 16 de julio de 2019, por lo que la finalización de la obra que motivó la contratación del actor, no tuvo lugar en el 2018 como lo indica la recurrente Outsourcing a su Servicio Ltda.; sobre el particular, la Sala Laboral de la CSJ, ha reiterado que la finalización de la obra debe encontrarse demostrada para concluir que no hay lugar a indemnización alguna y así lo reiteró en sentencia SL1052 del 2 de marzo de 2022, M.P. Iván Mauricio Lenis:

Conforme lo precedente, a juicio de la Sala, si bien la empresa invocó en la terminación del contrato de trabajo lo pactado por las partes en la cláusula primera de dicho convenio debido a la finalización de la labor contratada, lo que podría sugerir, en principio, que el Colegiado de instancia se equivocó en la apreciación de



la carta que envió la accionada al trabajador, lo cierto es que no se acreditó en el proceso tal circunstancia, esto es, que operó la condición resolutoria porque el contratante Diseral hubiese manifestado una de las tres condiciones establecidas en aquella disposición contractual o hubiese manifestado algo respecto al trabajador o el servicio.

De modo que la conclusión del Tribunal en ese sentido no fue errada, pues determinó que la empresa no justificó o concretó la razón de la terminación de la labor contratada o, en otros términos, el por qué había operado la condición resolutoria.

Así, el solo haber manifestado el cumplimiento de la condición resolutoria sin acreditar las razones de ello, en este caso resulta ineficaz, pues la terminación del vínculo laboral dependió entonces de la discrecionalidad del empleador, lo que tornó el despido sin justa causa.

En efecto, de acuerdo con el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo las partes están habilitadas para suscribir un contrato de trabajo por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada». De ahí que su duración queda sujeta a la consecución de un resultado determinado, «impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido» (CSJ SL2176-2017); sin embargo, en ningún caso, el término de este tipo de acuerdos puede depender llanamente de la voluntad o capricho del empleador, sino que deberá tenerse en cuenta la esencia misma del servicio prestado, porque de lo contrario, su finalización se tornaría sin justa causa. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia, es claro que no le bastaba a la demandada Outsourcing a su Servicio Ltda., señalar que la terminación de la obra o labor había culminado en el 2018, sin allegar prueba de su afirmación, máxime cuando con la documental allegada por la demandada Comunican S.A., que no fue objeto de tacha se concluye con claridad que dicha obra o labor finalizó el 16 de julio de 2019, adeudándose por ende, la indemnización por despido reclamada, al no haber mediado justa causa para el efecto.

Solidaridad en el pago de la indemnización

Sobre el particular, señala la recurrente Comunican que la labor que contrató con la también demandada Outsourcing a su Servicio Ltda., es extraña a su objeto social; no obstante, es claro que dicho convenio comercial se enmarcó en *la entrega de material* y revisado el objeto social de esta recurrente, se ciñe entre otros a la **distribución y venta periódico el espectador y toda clase de periódicos, libros, revistas y folletos**, de tal manera, la entrega de material contratado se circunscribe claramente al objeto comercial de la sociedad Comunican en cuanto a la distribución de material periodístico, razón por la cual, como lo señaló la decisión de primer grado, esta demandada es responsable de manera



solidaria en el pago de la indemnización objeto de condena.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

ACLARACION DE VOTO

La indemnización debería corresponder
A la de. Contrato a término indefinido a la de contrato a término indefinido

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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-551-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LILIA CLEOTILDE RUBIO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 1 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LILIA CLEOTILDE RUBIO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que entre ella y el señor Manuel Rodríguez existió una sociedad conyugal vigente desde el 12 de agosto de 1994, que en su calidad de cónyuge del causante convivió con él desde dicha data y hasta la fecha de su deceso; como consecuencia de tales declaraciones petitiona se condene a la demandada Colpensiones a pagar a su

favor pensión de sobreviviente a partir del 29 de noviembre de 2007, junto con intereses moratorios e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que contrajo matrimonio con el causante el 12 de agosto de 1994, que de dicha unión procrearon 3 hijos, todos en la actualidad mayores de edad, que el causante falleció el 29 de noviembre de 2007, cuando se disponía a sacar del parqueadero el bus que manejaba adscrito a la sociedad Cooperativa Continental de Transportes, que siempre laboró en el cargo de conductor a favor de las sociedades Ucolbus, la mencionada, Envipp EU, Asociación de Transportes G y G y Prosperar, que la Cooperativa Continental imponía a sus trabajadores cotizar al sistema pensional a través de terceras empresas como la Asociación de Transportes G y G Asociados en liquidación, que el causante cotizó hasta la fecha de su deceso y aproximadamente contaba con más de 1000 semanas cotizadas, pero las sociedades para las que laboró, no efectuaron el pago de aportes pensionales a su favor y por ello fueron requeridas y otras no existen en la actualidad o se encuentran en liquidación.

Indica que presentó solicitud de reconocimiento pensional ante Colpensiones, el que fue negado en resolución GNR 227024 del 3 de septiembre de 2013, por no cumplir con el requisito de cotizaciones previsto en la Ley 797 de 2003, que volvió a elevar dicha petición en 2013, con el mismo resultado negativo, que la entidad de seguridad social, no dio aplicación a la normatividad más favorable, esto es el Acuerdo 049 de 1990, que exige para reconocimiento pensional, haber acumulado 300 semanas de cotización en los 6 años anteriores a la fecha de fallecimiento.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Colpensiones contestó oponiéndose se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos, 1 a 3, 9, 11 y 12 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe.

La Cooperativa Continental de Transportes, se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, aceptó los hechos contenidos en numerales, manifestó no constarle los No. 9 a 15 y negó los demás. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, falta de causa, pago, falta de fundamento para provocar la vinculación de mi defendida en el proceso, buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que había quedado demostrado las solicitudes de la actora elevadas ante la demandada Colpensiones tendientes al reconocimiento pensional y la negativa por parte de esta última, que en cuanto a la calidad de afiliado del causante al ISS, esta se encontraba probada, desde julio de 1991 hasta mayo de 2005, para un total de 614 semanas y que su fallecimiento tuvo lugar en el año 2007, por lo que la normatividad aplicable para resolver o pretendido, era la Ley 797 de 2003.

Que dicha normatividad consagraba para efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, que tendrían derecho a esta, los miembros del grupo familiar del causante, que hubiere cotizado 50 semanas anteriores a su fallecimiento, que conforme el expediente administrativo e historia laboral allegada, daba cuenta que había cotizado un total de 614 semanas, sin que ninguna de ellas hubiera tenido lugar dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, y la parte demandante quien tenía la carga de la prueba, no había logrado acreditar que el causante hubiera laborado con la Cooperativa vinculada y que esta no efectuó las cotizaciones al sistema pensional, pues si bien el testigo había señalado que el demandante laboraba manejando un bus, no indicó en qué fechas había prestado tales servicios, apareciendo únicamente una certificación que acredita que el causante sí había laborado para dicha sociedad en los años 1991 y 1994 y no antes de su fallecimiento, siendo claro que no se cumplía con el requisito de cotización previsto en la norma aplicable.

Que como quiera que la demandante solicitaba reconocimiento pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990, no existía régimen de transición para la

pensión de sobreviviente, sino la figura de condición más beneficiosa, el que operaba remitiéndose a la norma inmediatamente anterior a la vigente a la fecha del fallecimiento, no pudiéndose realizar una búsqueda histórica de normatividad para conceder la prestación reclamada, por lo que en caso del actor, no era dable aplicar dicho principio, ya que el causante no había dejado causado el derecho al no haber cotizado las semanas exigidas en la Ley 797 de 2003, ni las previstas para el efecto en la Ley 100 de 1993, ya que tampoco había cotizado las 26 semanas exigidas en esta.

En cuanto a la aplicación del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, señaló que el causante al no tener derecho a la pensión de sobreviviente por virtud del régimen de transición ni en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, debiéndose absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

CONSIDERACIONES

A efectos de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, se determinará si hay lugar a condenarla al reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente deprecado favor de la reclamante.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Manuel Antonio Rodríguez, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 29 de noviembre de 2007, como tampoco el vínculo marital de la demandante con este, que tuvo lugar a través de matrimonio católico celebrado el 12 de agosto de 1994, hechos que se corroboran con las documentales aportadas a folio digital.

Como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, normatividad que indica que son beneficiarios de dicha prestación, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento; ello por cuanto quedó acreditado que el actor no se encontraba pensionado previo a su fallecimiento.

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Ahora y en cuanto al requisito de cotización antes señalado, se tiene que como bien lo indicó la decisión de primer grado, conforme historia laboral expedida por la demandada Colpensiones, la última cotización efectuada por el señor Manuel, data del año 2005, determinándose de dicha documental con claridad que el actor dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento, no cotizó las 50 semanas bajo estudio, sin que sea posible adicionar semanas a las que aparecen efectivamente cotizadas durante el periodo bajo estudio, pues como bien se adujo en la decisión a que se alude, sólo se demostró una vinculación laboral del causante con la Cooperativa demandada entre los años 1991 y 1994 y ninguna otra durante los 3 años anteriores a la fecha de su deceso, ni menos omisión de cotizaciones en dicho periodo.

Es así como contrario a lo indicado por la parte demandante en sus alegaciones, para las pensiones de sobreviviente, no se previó régimen de transición alguno, sino el principio de la condición más beneficiosa, el que conforme la línea jurisprudencial establecida al respecto por la CSJ, reiterado en reciente sentencia SL 3481 del 24 de agosto de 2022, permite la aplicación únicamente de **normatividad inmediatamente anterior** a la aplicable conforme a la fecha de fallecimiento del causante, así lo reiteró esa Corporación en pronunciamiento en cita:

*Así, por ejemplo, la Sala recuerda las sentencias CSJ SL2843-2021 y CSJ SL2056-2022, en las cuales se reiteró que son características de la condición más beneficiosa las siguientes: i) Es una excepción al principio de la retrospectividad, ii) opera en la sucesión o tránsito legislativo, iii) **procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento del afiliado, iv) entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva, v) actúa, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede***

modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta de que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada; y vi) respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

Descendiendo al sub examine, la controversia jurídica que cierne el análisis de la Sala estriba en determinar si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta, para ello, que el causante falleció el 08 de junio de 2006, es decir, en vigencia de la Ley 797 de 2003, cotizó un total de 549,85 semanas, ninguna de ellas sufragadas en los tres años anteriores a su fallecimiento, a pesar de que al 1.º de abril de 1994 sí contaba con más de las 300 semanas que preveían en su oportunidad los artículos 6.º, 12 y 25 del Acuerdo 049 de 1990.

Tal requisito ha sido ampliamente explicado por la Corte, inicialmente en la sentencia CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 38674, en la cual se estableció la posibilidad de aplicación del principio de la condición más beneficiosa para las pensiones de invalidez y sobrevivientes en el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y las Leyes 860 y 797 de 2003, siempre y cuando el afiliado hubiera cotizado el mínimo de semanas exigidas en la normativa anterior.

En ese orden, resulta pertinente memorar lo dicho en la sentencia CSJ SL468-2022, reiterada en CSJ SL2056-2022:

Al respecto del debate suscitado, resulta pertinente rememorar el pronunciamiento de la Sala en sentencias CSJ SL1938-2020, SL5070-2020, CSJ SL4987-2019, y la CSJ SL8305-2017.

En la primera providencia en cita se precisó, que:

Este principio tiene gran importancia a efectos de definir la norma aplicable en caso de un cambio normativo y, en materia de seguridad social, consiste en la preservación de las condiciones o los requisitos establecidos en la disposición anterior para acceder a una prestación, cuando aquella ha sido sustituida por otra.

Tal principio en nuestro ordenamiento jurídico ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, a partir de la interpretación de algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 13 –mínimo de derechos y garantías-; no obstante, dicho estatuto constitucional lo consagró en el artículo 53.

En efecto, el citado precepto establece que «la ley, los contratos, los acuerdos y convenios del trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores», esto es, que las situaciones individuales y concretas previamente reconocidas deben conservarse ante una sucesión normativa; en otros términos, la nueva norma debe respetar las reglas que el régimen previo estableció.

A diferencia de los derechos adquiridos (artículo 58 ibidem), el principio de la condición más beneficiosa no procura por la protección de situaciones jurídicas consolidadas, en tanto que su campo de acción es mucho más amplio y cubre incluso a situaciones en proceso de consolidación, pues conserva los efectos de un estatuto normativo, que si bien fue objeto de derogatoria parcial o total, eventualmente es aplicable ultraactivamente.

(...)

Pero la aplicación del principio en referencia tiene, además, las siguientes características: (i) no es absoluta ni atemporal; (ii) procede en caso de un cambio normativo, y (iii) permite la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento, si el afiliado aportó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional.

La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede ser usado para garantizar la perpetuidad de un régimen o de una regulación que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo, dado

que, bien comprendido, su ámbito de actuación se orienta a conservar un régimen normativo anterior cuando quiera que el trabajador haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho, en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada en torno a que el régimen que estaba en curso y en el que cumplió algunos presupuestos será respetado.

Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o, la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad; es decir, su aplicación debe ser razonable y proporcional a fin de no lesionar o comprometer otros derechos de interés público y social.

(...)

En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que pueden ser modificadas por el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial antes transcrito, es claro como se indicó que el causante, tampoco acreditó haber cotizado 26 semanas dentro del año anterior a su fallecimiento, siendo estas las exigidas por la Ley 100 de 1993, normatividad **inmediatamente anterior** a la Ley 797 de 2003, como quiera que se itera, la última cotización efectuada por este, data del año 2005; siendo improcedente como lo pretendió el demandante y lo reitera en sus alegaciones aplicar el Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento pensional deprecado al no ser esta la norma inmediatamente anterior a la aplicable conforme la fecha de fallecimiento de este último, circunstancia que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional

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

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO
SALVO VOTO**

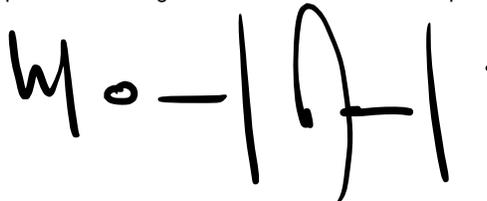


**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVAMENTO VOTO. En mi criterio el derecho reclamado se regula por el Decreto 758 de 1990 que aprobó el acuerdo 049 del mismo año y se cumplieron los requisitos dispuestos en esa normatividad. Si bien es cierto que la muerte del causante ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, también lo es que para la fecha en que dicha norma se expidió, se habían cumplido los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 para causar la prestación reclamada. Según lo dispone claramente el artículo 25 del Decreto 758 de 1990, y por tratarse de un seguro para el cual venía cotizando el afiliado, el derecho de su núcleo familiar a una pensión de sobreviviente nació o se causaba cuando -COMILLAS DE LO DICHO EN LA NORMA-"el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para tener derecho a la pensión de invalidez por riesgo común". Esta densidad la definía el artículo 6 del mismo decreto, en el cual se exigen 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la invalidez (muerte), o 300 semanas en cualquier época anterior a dicho estado. Sobre la materia, el literal del artículo 26 del citado decreto es particularmente claro al advertir que: "la pensión se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha de fallecimiento del asegurado o pensionado", con lo cual se está haciendo una correcta distinción entre el momento en que se causa la prestación - por un lado- y el momento en que procede el reconocimiento de la primera mesada-por otro-, asunto de capital importancia en tanto de su comprensión dependerá la escogencia adecuada de la norma que regula el derecho de cada afiliado.



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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2020-036-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR TAVERA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de enero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL PILAR TAVERA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000036-01 Dte: MARÍA DEL PILAR TAVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del traslado que realizara al RAIS por intermedio de Colfondos el 31 de octubre de 1994, por omisión de esta última en el deber de información, como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a esa AFP a restituir a Colpensiones los valores recibidos en virtud de su vinculación como cotizaciones, bonos pensionales junto con rendimientos, ordenándole a Colpensiones recibirla como afiliada, aceptar los aportes objeto de traslado, teniéndolos en cuenta para efectos pensionales; subsidiariamente solicita se declare la ineficacia de dicho traslado con las mismas consecuencias.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de septiembre de 1961, que se encontraba afiliada al ISS desde 1979 y estando afiliada en este, sin ser advertida de las consecuencias económicas, el 31 de octubre de 1994, se trasladó a la AFP Colfondos, no siendo en ese momento asesorada de manera transparente, completa, clara, veraz, adecuada, oportuna, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen pensional, como tampoco le informaron sobre los riesgos, desventajas o inconvenientes de pertenecer al RAIS, en su caso particular, que esa AFP tampoco le informó cuánto debía ser el capital acumulado en su CAI para adquirir derecho pensional, la destinación de su aporte en ese régimen, la posibilidad de negociar su bono pensional, ni sobre el derecho de retracto.

Afirma que tampoco se le indicó cómo podría obtener pensión de manera anticipada y ante tal omisión solicitó en el 2015, a Colpensiones traslado a dicho régimen, solicitud que fue negada, por lo que continúa afiliada a la AFP Colfondos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1 y 17, manifestó no constarle los No. 2, 15 y 16, negó los demás. Propuso como excepciones las de inexistencia de obligación, falta de legitimación en la causa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000036-01 Dte: MARÍA DEL PILAR TAVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos, prescripción, compensación y pago.

Por su parte COLPENSIONES, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 3 y 15 a 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS en el año de 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilizar los aportes para efectos pensionales. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional la Corte Suprema de Justicia, había reiterado que en virtud de lo previsto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en este tipo de casos se debía analizar si el acto jurídico que generó el traslado era libre voluntario, para lo cual, la administradora que promovió el mismo debía demostrar que le había indicado al afiliado tanto las ventajas como las desventajas del mismo, esto es, que le garantizó una libertad informada para que la decisión del afiliado, se considerara autónoma y consciente, la que no tenía tal connotación si el afiliado no conocía las incidencias de dicha decisión y su voluntad informada no se suplía con la simple firma del formulario, que igualmente la Corte había reiterado que dicho deber de las administradoras, se había creado con la promulgación de la Ley 100 de 1993, ya que con el tiempo este deber superaba el de la simple información pasando al del buen consejo, que los fondos de las AFP eran



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000036-01 Dte: MARÍA DEL PILAR TAVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

patrimonios autónomos y de propiedad de los afiliados, razón por la cual, se les debía aplicar las normas de los encargos fiduciarios tales como los artículos 1232 y 1243 del C co., de igual forma, conforme las disposiciones del Decreto 656 de 1994, todo fondo tenía la obligación de realizar un reglamento que contenga los derechos y obligaciones de los afiliados y debía serle puesto de presente a cada uno de ellos.

Que conforme a los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había que analizar el momento histórico en que se promovió la afiliación para determinar qué obligación le asistía a la AFP respecto de sus afiliados, debiendo probar estas últimas el suministro de información referente al traslado del afiliado requerido para la época, sin que la sola firma del formulario, acreditara tal circunstancia y se debía suministrar con independencia de si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional.

Descendiendo al caso bajo estudio, había quedado probado que la demandante suscribió formulario de afiliación ante Colfondos S.A., en el año 1994, que dicha documental no daba cuenta del cumplimiento del deber de información, sino de la sola suscripción del mismo; y del interrogatorio de parte que había rendido esta, había sido clara en manifestar que no se le había brindado las características del RAIS, las diferencias con el RPM y las variables a tener en cuenta para liquidar su pensión en ambos regímenes, encontrando el despacho que para 1994 a la actora no se había informado de manera clara, suficiente y completa respecto de las características propias de cada uno de los regímenes, sus beneficios e inconvenientes ni la forma de acceder a los beneficios contenidos en cada uno de ellos, pues el formulario en mención, no suplía tal obligación.

Señaló entonces que había lugar a declarar la ineficacia de dicho traslado ordenando a Colfondos S.A., a efectuar la remisión de los fondos depositados en la CAI de la actora hacia Colpensiones, junto con rendimientos y sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000036-01 Dte: MARÍA DEL PILAR TAVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Declaró no probada la excepción de prescripción como quiera que la acción adelantada tenía ineludible relación con la construcción del derecho pensional y este era imprescriptible.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA DEL PILAR TAVERA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 31 de octubre de 1994, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la parte demandante y visible en expediente digital.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000036-01 Dte: MARÍA DEL PILAR TAVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en sus alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora María Tavera, se le hubiera brindado la información en los términos antes señalados, siendo claro en esta oportunidad que no se le pusieron de presente todas las consecuencias del traslado a la demandante, lo que lleva a concluir que Colfondos S.A., fondo al que se trasladó la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; de lo que se concluye que dicho traslado no fue libre y voluntario.

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

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000036-01 Dte: MARÍA DEL PILAR TAVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Ahora bien, en cuanto al argumento de Colpensiones esbozado en sus alegaciones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, los que entrarán a hacer parte del fondo común que administra razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000036-01 Dte: MARÍA DEL PILAR TAVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información al respecto; circunstancia que impone **confirmar** la decisión bajo estudio.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en el que se adicionará la sentencia.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas en el grado jurisdiccional.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202000036-01 Dte: MARÍA DEL PILAR TAVERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2020-391-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: ALEXANDRA BARBOSA ROA

DEMANDADO: CREATIVE COLORS SA

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas las de ambas partes, la demandada, solicita se confirme la decisión de primer grado.

P R E T E N S I O N E S

ALEXANDRA BARBOSA ROA, mediante apoderado, instauró demanda contra **de CREATIVE COLORS SA** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se le condene a al pago de la indemnización de despido sin justa causa, por el término de cuatro (4) años y 8 días, es decir, un total de 1.448 días, del 3 de julio del 2014 hasta el día 11 de julio de 2018, al pago de indemnización moratoria desde el día 11 de julio de 2018, fecha del despido hasta que se haga efectivo el pago de la indemnización por despido sin justa causa, al pago de los posibles saldos de la liquidación laboral de periodo 3 de julio de 2014 al 11 de julio de 2018, al pago de los perjuicios causados por despido ilegal, al pago de las indemnizaciones moratorias y las que la ley determine, por los saldos de las prestaciones mal liquidados por el empleador, ultra y extra petita, indexación y costas. (Expediente Digitalizado).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que el día 3 de julio de 2014, entre las partes se celebró un contrato individual de trabajo a término fijo y otro sí modifico a indefinido desde la fecha de inicio de la relación laboral, para desempeñar el cargo de AUXILIAR DE PRODUCCION teniendo como domicilio contractual la ciudad de Bogotá D.C., y como salario mensual a la firma del contrato se pactó la suma de SEICIENTOS DIECISEIS MIL PESOS M/CTE (\$616.000.00) más el subsidio de transporte, que el 11 de julio del año 2018, se decidió dar por terminado unilateral e injustificadamente el contrato individual de trabajo, que el último salario devengado mensual en junio del 2018, fue de \$1.014.806, incluyendo auxilio de alimentación sueldo básico, auxilio de transporte, recargo nocturno, que la labor fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por éste, bajo todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar conforme la subordinación correspondiente, que el día 29 de junio del 2018, la señora MILENA ROJAS VILLALOBOS en su condición de Analista de Recursos Humanos de la Empresa CREATIVE COLORS S.A, decide iniciar apertura de proceso Disciplinario a la demandante, que fue citada a diligencia de descargos el día 3 de julio de 2018 a las 9am en las oficinas de Recursos Humanos, que el día 11 de julio del 2018, el señor EDUARDO CHAVES CORTES en su condición de Gerente General de la Empresa CREATIVE COLORS S.A, firma la carta de Terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa, que La relación contractual se mantuvo por el término de siete (4) años, y 8 días, es decir, un total de 1.448 días, del 3 de julio del 2014 hasta el día 11 de julio de 2018, fecha en la que entidad demandada dio terminación injustificada al contrato de trabajo. En los demás hechos describe salarios, prestaciones devengadas y aspectos del reglamento interno de trabajo. (Expediente Digitalizado).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, asegurando que el contrato terminó con justa causa por grave incumplimiento de sus obligaciones, agregando que a la finalización del contrato pagó todo lo adeudado, mediante depósito judicial, ya que la demandante se negó a recibir. Negó los hechos y propuso las excepciones de ineptitud de demanda por indebida acumulación de pretensiones, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el diez (10) de febrero de dos mil veintidós, (2022), por la que resolvió **ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora.**

Para llegar a esa conclusión afirmó en síntesis la Juez “..*Así las cosas del análisis jurisprudencial a la conclusión que llega el despacho y conforme las pruebas traídas*

a simple vista se evidencia que no existe acuerdo de estipulación de un trámite disciplinario para la terminación de contrato, salvo que se incumplen las obligaciones constitutivas como justa causa de conformidad dispuesto en el artículo 62 y 63 del CST, lo anterior conforme a la estipulación consignada de la cláusula séptima del contrato de trabajo a folio 14, por tanto el análisis se centrará únicamente si se dio la causal reprochada en la carta de terminación comunicada el 11 de julio del 2018; bajo este contexto, al demandante le corresponde acreditar el hecho del despido, el empleador le incumbe comprobar que la terminación fue con justa causa, escenario que opera en dos momentos; el primero consiste en comprobar los hechos invocados en la carta de despido, segundo en la demostración de los hechos se enmarcan dentro de una justa causa conforme la ley, convención, contrato o reglamento interno de trabajo, dado que en este asunto se acreditó el hecho del despido con las manifestaciones realizadas en el escrito de la defensa y la carta de terminación de vínculo visible a folio 21 se procederá a analizar la comunicación para determinar si la empresa demandada cumplió con la carga de prueba que le correspondía; es así que la carta de despido de la empleada indicó lo siguiente “terminación unilateral del contrato de trabajo: la presente tiene como objeto comunicarle que luego de los hechos que a continuación se indican y por los cuáles fue citada a la diligencia de cargos el día 3 de julio 2018, garantizando así su derecho de defensa, la empresa ha concluido que su conducta constituye justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo a partir del momento de la entrega de la presente comunicación para el efecto le manifestamos que los hecho que fundamentan nuestra decisión corresponde a que la compañía tuvo conocimiento del día 26 de junio 2018 mediante inspección a la planta que usted ingreso alimentos, chocolatina, a la planta de producción, conducta prohibida en la compañía y que es contraria al procedimiento de ingreso de personal a la planta de producción así como las políticas de higiene y buenas prácticas de manufactura establecidas por la organización; así las cosas lo expuesto queda demostrado en la diligencia de descargos en la cual usted sostuvo cometió una falta asimismo cuando se le preguntó si era consciente de que ingresar alimentos a la planta puede ocasionar contaminación de productos ante lo cual usted manifestó que fue consciente, finalmente cuando se le preguntó si era consciente de que con la conducta descrita usted había cometido una falta grave usted respondió “sí soy consciente” respuestas que evidencian que incumplió con las obligaciones que tenía a su cargo pues es de conocimiento que su conducta está estrictamente prohibida por la organización pues con las mismas se pone en riesgo la inocuidad de los productos”. Así mismo en la carta indican los fundamentos de derecho en los cuáles se funda la decisión; ahora mirando el caso, claramente existe una prohibición expresa del incumplimiento de ello y una consecuencia jurídica que lo es la terminación de contrato de trabajo conforme lo establece el artículo 62, numeral sexto en lo que establece “cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos” así que lo suscrito en el contrato desde 3 julio 2014 y en el cual señala textualmente como falta grave el incumplimiento de las prácticas y normas de higiene en lo cual se indicó lo siguiente “fuera las previstas del artículo 58 y 60 del CST, son conductas que las partes califican como graves y que por ende constituyen justa causa de despido, en los previstos en el numeral sexto de la última disposición cita las siguientes; no seguir los procedimientos de trabajo rigurosamente causando daños a los materiales, productos, máquinas y herramientas de trabajo, el desarrollo incorrecto por las funciones descritas en el manual de funciones, el incumplimiento de normas internas de la empresa en lo que concierne a las normas de comportamiento, vestuario, higiene, buenas prácticas de manufactura y de propiciar actos de indisciplina en el interior de la empresa”.

A su vez, del manual de funciones aportados con la contestación de la demanda como responsabilidad de un auxiliar de producción consagra lo siguiente: “cumplir con todas las normas establecidas por la empresa para garantizar la calidad de los productos (bpm, normas de higiene)” asimismo el documento denominado BPM normas de higiene se señala en su numeral 6.1 el procedimiento para el ingreso a la planta del personal “se debe cumplir con lo establecido para el personal de planta

según turnos no establecidos, esto quiere decir que todo el personal debe estar ingresando a la compañía por lo menos 15 minutos antes de la hora de ingreso a laborar con el fin de que se alcance el siguiente procedimiento 6.1.2 el personal en el momento de ingresar debe acercarse a la cafetería y dejar dentro del sitio acordado cualquier tipo de alimentos y bebidas que traigan para ser consumidos en el refrigerio y hora de almuerzo, está prohibido dejar cualquier tipo de alimento dentro de los lockers y/o entrar comidas o bebidas a la planta de producción” es así que frente a las cargas procesales, se encuentra acreditado tanto por la parte actora del primer supuesto que es el hecho del despido así como desde ya, hay que advertirse que también cumplió con el presupuesto del empleador de la demostración de los hechos que se enmarcan con justa causa conforme a la ley convención contrato reglamento circunstancias que se corroboraron con la misma declaración de la demandante en el interrogatorio de parte, al aceptar haber cometido la conducta tipificada como falta grave así como del contenido de la prueba testimonial conforme a lo dispuesto en el artículo 61, por tanto, se constituye una causal legalmente al incumplir las normas de higiene impartidas de forma específica por el empleador debiendo declararse que el despido es legal y por tanto deberá absolverse a la demandada de las peticiones incoadas teniendo en cuenta como ya se dijo que acreditó que efectivamente la demandante ingresó el 26 de junio de 2018 una chocolatina a un área a la cual estaba prohibido en forma total el ingreso de cualquier tipo de alimento y como quiera que la demandante aceptó dicha circunstancia tanto en la diligencia de descargos, lo cual fue ratificado y comprobado en los testimonios recaudados en la audiencia anterior el despacho considera que la parte de demandada logró de forma clara y precisa acreditar las justas causas invocadas y los hechos en que se fundó dicha comunicación, razón por la cual como ya se indicó se absuelve a la demandada de dichas pretensiones. En cuanto al segundo problema jurídico, esto es si la demandada adeuda suma por algún concepto de reliquidación de prestaciones sociales, el despacho advierte que los valores reconocidos no son la liquidación final sino en todos aquellos reportados en el detalle general de pagos aportados con la contestación de la demanda, no existe emolumentos adicionales a reconocer a cargo de la demandada, debiéndose igualmente absolver de este impedimento, lo anterior teniendo en cuenta que la demandada incluyó dentro del pago de las prestaciones sociales todo lo que constituía salario y en cuanto al auxilio de alimentación de conformidad con las pruebas documentales se trata de un emolumento pagado en el cual se pactó la cláusula de desalarización, por lo que este concepto no está incluido en el pago de las prestaciones sociales lo cual se acredita con las documentales aportadas por la demanda, en consecuencia tampoco se impondrá condena alguna por este concepto y por tanto no será necesario analizar la indemnización moratoria del artículo 65 del CST....

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso así. “...Como usted lo estableció en su parte motiva que para el despido con justa causa no es necesario iniciar algún proceso disciplinario y como se puede observar dentro del mismo proceso, la parte demandada sí inició ese proceso disciplinario y usó como prueba que la demandante adujo, que supuestamente había cometido algunas faltas y por eso solicitamos que se revoque su decisión ya que hay una contradicción de que si no era necesario la apertura, por qué lo realizó la parte demandada? no es más claro que no quererle pagar la indemnización por despido sin justa causa; como se puede evidenciar en la carta de despido, **se estableció muy claramente, la parte demandada, no podrá aducir algo diferente como lo estableció tanto en la contestación como los alegatos aduciendo unos temas de reglamento interno de trabajo y otros de supuestamente las faltas cometidas por la demandante; es más se limita a lo que usted estableció también a las buenas prácticas de manufactura establecidas por la organización, nosotros lo reiteramos en los alegatos de conclusión que la parte demandada tendría que iniciar primero que todo sin mi mandante haber incumplido ninguno de los deberes en la inspección de las buenas prácticas y registrarlas que desafortunadamente en el sentido de fallo no se tuvo en cuenta el formato FC159, que era el que siempre se debía llenar en el caso de que el personal incumpliera algún tema en relación con las buenas prácticas; adicionalmente se le debe llamar la atención por primera vez de**

*manera verbal y si había una recurrencia, se debía enviar un correo a Recursos Humanos solicitando la realización de las medidas disciplinarias pertinentes y como se pudo evidenciar dentro del proceso en ninguna parte aparece estos puntos esenciales, elementos probatorios para la situación, en primera instancia del proceso disciplinario y segundo en la supuesta justa causa que aduce la parte demandada y **adicionalmente como usted lo estableció, tenía que en la carta establecerse claramente en qué parte del reglamento interno o supuestamente las buenas prácticas, en qué artículo o qué parte se incumple en las obligaciones como trabajador** y por eso que consideramos que la interpretación que hace el juez de primera instancia no se adecúa a la realidad en el presente proceso, ya que la parte demandada en ningún momento probó o estableció de manera puntual la justa causa dentro del reglamento interno o el contrato de trabajo....”*

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá el recurso, siendo básico entonces definir si existió o no justa causa pues de eso dependen las pretensiones y a eso se dirigen los argumentos del recurrente.

De la justa causa

Lo primero que advierte la Sala es que la parte actora cumplió con su carga probatoria, aportando la carta de despido, la cual aparece en el expediente digitalizado y en la cual se describen los hechos (Esto es haber ingresado una chocolatina a la planta de producción estando expresamente prohibido); agregando que ello constituía una falta grave, por lo que se tomaba la decisión con base el artículo 62 literal a) numeral 6 del CST en concordancia con el artículo 58 numeral 1 del mismo ordenamiento.

En ese orden lo primero que precisa la Sala es que se equivoca el recurrente cuando afirma también en sus alegaciones que, la carta carece de claridad, porque no se refirió al reglamento interno o al contrato de trabajo, ya que de vieja data se ha establecido que el empleador puede o bien solamente narrar los hechos motivantes del despido o solo citar la causal, siendo las dos formas igual de eficaces; o como en este caso; en el que se narraron los hechos y se citó una causal, esto es la contenida en el literal a) numeral 6 del artículo 62 del C S T.

Ahora, para determinar si en verdad existió una grave violación de las obligaciones o una falta grave como asegura la demandada, es necesario en primer lugar determinar si existe o no la prohibición expresa a la que se refiere en la comunicación o la falta grave por la que indagó en los descargos y que citó en la comunicación de despido.

No obstante, antes de analizar ese tema, vale aclarar que el dar oportunidad al trabajador de defenderse de las acusaciones, que dan lugar a la terminación del contrato, no puede considerarse como una manera de evadir el pago de la indemnización como asegura el recurrente, apoyado en que no es necesario hacerlo, pues muy al contrario esta conducta empresarial se ajusta a lo que se ha sostenido por la Corte Constitucional, como lo más apegado a la Ley y a la Constitución.

Y es que si bien es cierto de vieja data la jurisprudencia ha considerado que la terminación unilateral del contrato con justa causa por parte de empleador no es una sanción, luego no es que deba seguirse un **procedimiento previo como si lo fuera**, pues ello no tiene sustento legal alguno, a menos claro, que este establecido en pacto convención reglamento etc; también lo es que la Corte Constitucional en sentencia C-299 de 1998, señaló que el trabajador, **puede ejercer su derecho a la defensa frente al empleador antes de que le terminen el contrato y en consecuencia el empleador está obligado a darle oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, lo que reiteró para todas las causales en sentencia T-546 de 2000**, sin que desde luego se trate de un proceso solemne riguroso, sino de la oportunidad que se otorgue al trabajador de explicar la conducta que se le atribuye, en diligencia, que puede ser de manera verbal, sin formalidades, sin que sea exactamente denominada de descargos y sin que se constituya en proceso disciplinario previo, lo que en este caso ocurrió.

Este entendimiento del artículo 62 del CST, sin que signifique que el despido es una sanción fue definido también en sentencia SU 449-2020, en donde se expresó:

“(…)

1. *Sobre las garantías con que cuenta el trabajador cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador. En vista de los pronunciamientos que en varios sentidos ha formulado este tribunal (en especial, frente al alcance del derecho de defensa) y dada la línea reiterada que en la materia existe en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se considera necesario definir una regla de interpretación del artículo 62 del CST hacia el futuro, tanto por razones de seguridad jurídica para los empleadores y los trabajadores, como por aspectos de certeza y coherencia en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando el empleador haga uso de la facultad unilateral de terminación del contrato de trabajo con justa causa, deberá cumplir con las siguientes garantías obligatorias, cuya exigibilidad se impone, y así se resaltaré en la parte resolutive de esta sentencia, por resultar la única interpretación conforme con la Constitución Política, a saber:*

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
PRIMERO -Inmediatez-	<i>Debe existir una relación temporal de cercanía o inmediatez, o un término prudencial entre la ocurrencia o conocimiento de los hechos y la decisión de dar por</i>

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
	<i>terminado el contrato. De lo contrario, se entenderá que el motivo fue exculpado, y no se podrá alegar para fundamentar la resolución del vínculo.</i>
SEGUNDO -Causales taxativas-	<i>La decisión sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo solo se puede sustentar en una de las justas causas, expresa y taxativamente, previstas en la ley.</i>
TERCERO -Comunicación de motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato-	<i>Se impone comunicar al trabajador las razones y los motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato. Lo anterior, siguiendo lo dispuesto en los artículos 62 (parágrafo) y 66 del CST.</i>
CUARTO -Existencia y aplicación de procedimientos específicos de terminación del vínculo contractual-	<i>Como se anotó con anterioridad, se exige observar los procesos previamente establecidos en la convención o pacto colectivo, en el reglamento interno, en un laudo arbitral o en el contrato individual de trabajo, siempre que en ellos se establezca algún trámite o procedimiento específico para dar fin al vínculo contractual. Esta exigencia se extiende a los casos en que el ordenamiento jurídico imponga la obligación de agotar un procedimiento determinado.</i>
QUINTO -Exigencias de cada una de las causales y preaviso respecto de algunas de ellas-	<i>Se impone acreditar el cumplimiento de las exigencias propias y específicas de cada causal de terminación, conforme se explicó en el numeral 109 de esta providencia. Entre ellas, cabe destacar de manera particular, la prevista en el inciso final del literal a), del artículo 62, del CST, conforme al cual: "En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso con anticipación no menor de quince (15) días".</i>
SEXTO -Respeto debido en la relación laboral-	<i>A partir de esta sentencia, y como resultado de la unificación jurisprudencial, se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, esto es, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerza su potestad unilateral de terminación. En consecuencia, no se menoscaba la dignidad humana del trabajador, al permitirle ser escuchado frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada. Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del debido proceso.</i>

En consecuencia y como señala la Corte esta es una garantía no solo para el trabajador, pues deben ser escuchadas sus explicaciones, sino que también lo es para el empleador que otorga y respeta ese derecho.

Ahora que en la diligencia el trabajador **confiese**, como sucedió en este caso, la comisión de hechos que puedan dar lugar a la configuración de una justa causa, en nada se opone a la ley o vulnera la garantía o puede considerarse un medio ilegal como se sostiene en el recurso.

Precisado lo anterior, la Sala estudiará si la conducta aceptada en diligencia de descargos constituye una justa causa por **grave violación de las obligaciones o falta grave calificada como tal, causal que se adujo en la comunicación de despido**. Se itera la demandante, aceptó haber ingresado un alimento (chocolatina) a la planta, aceptando además que estaba prohibido y contemplado en el manual de buenas prácticas.

Lo primero que observa la Sala es que una de las obligaciones especiales del trabajador de acuerdo con lo establecido en el reglamento interno de trabajo **conocer y cumplir los requisitos de la normativa de Buenas Prácticas de Manufactura Cosmética. (numeral 38 art 43)**.

Ahora en el párrafo del artículo en mención, se señala que la violación de cualquiera de estas obligaciones se califica **como falta grave**.

De otra parte, el numeral 49 del artículo 45 sobre prohibiciones a los trabajadores señala como una de ellas; **consumir o almacenar alimentos en áreas de producción entre ellas las plantas de producción; toda vez que pueden poner en peligro la inocuidad de los productos. También en el párrafo de este artículo se dispone que incurrir en cualquiera de estas prohibiciones es falta grave**

En ese orden resulta claro que la demandante no solo cometió la falta, así lo admitió, sino que también dijo conocer los manuales de buenas prácticas, saber que no está permitido hacerlo porque atenta contra la inocuidad de los productos y en ese orden aceptó la falta, que como ya se dijo es grave y da lugar a la terminación del contrato, pues no es cierto que se debiese hacer un llamado verbal o una graduación como si se tratase de una sanción, que no; o como si estuviese así establecido en norma interna alguna.

Tampoco se itera y como se aclaró desde el inicio de esta providencia, debía la demandada citar el reglamento, el manual de buenas prácticas y otras normas en la

comunicación de despido, pues no solo narró los hechos, sino que se refirió a la causal de manera específica, siendo revisado el reglamento por la Sala solo para determinar que la falta si estaba catalogada como grave, que si existía la prohibición daño lugar sin duda a la causal invocada.

Por lo expuesto se impone CONFIRMAR la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

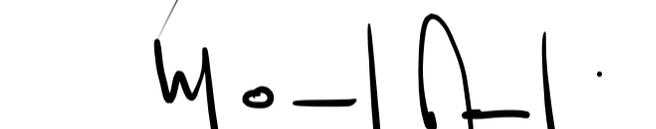
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2019-499-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS ELBERT CAMACHO MONTAÑO

**DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL
DESARROLLO HUMANO UNINPAHU**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días el mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El Señor **CARLOS ELBERT CAMACHO MONTAÑO**, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda contra **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PARA EL DESARROLLO HUMANO UNIPAHU**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios, el cual fue cumplido totalmente por el demandante, que se declare que de los honorarios pactados la demandada adeuda la suma de \$ 461.418.915, dado que solo le fue abonado la suma de \$328.200.000, al pago de intereses moratorios, costas. (Fls. 3 al 10).

ALEGACIONES

Dentro del término concedido para el efecto, se recibieron alegaciones de ambas partes.

ANTECEDENTES

Como fundamentos fácticos de las pretensiones afirma en síntesis que el demandante en su calidad de ingeniero civil suscribió con la demandada un contrato de prestación de servicios profesionales para **la elaboración del plan de regularización y manejo que INPAHU presentó ante el departamento administrativo de planeación distrital DAPD hoy SECRETARIA DE PLANEACIÓN DISTRITAL**, que los honorarios pactados fueron el 3% del costo directo de las obras generadas en el diseño arquitectónico aprobado en el plan de regularización y manejo, que el pago se pactó en abonos parciales mensuales, que el plazo inicialmente fue de un año y que luego se extendió mediante otro sí hasta 2009, que en ese año suscribieron otro contrato que se extendió a 2014, que en

2016, mediante contrato se amplía la vigencia, hasta 2017, que se hicieron pagos parciales, en ese lapso de 2004 a 2017, que se cumplió a cabalidad con el objeto del contrato e incluso se excedió pues se gestionó y obtuvo la resolución que aprobó el proyecto, que el valor del costo directo fue la suma de \$26.320.630.500, en consecuencia los honorarios pactados ascendían a \$789.618.915, luego al descontar los abonos se adeuda lo descrito en las pretensiones esto es la suma de \$461.418.915. (Fls 1 al 10).

La demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por considerarlas infundadas. Aseguró que entre las partes se celebraron 4 contratos de prestación de servicios profesionales autónomos e independientes entre sí y no uno solo, que el demandante no cumplió con las obligaciones adquiridas, que el proyecto que presentó es inviable e inejecutable desde el punto de vista técnico y financiero, que no es cierto que se pactó el 3% del costo total, que eso fue eliminado del contrato, pactándose solamente la suma de \$ 20.000.000, lo cual fue pagado, que aun aceptando la existencia de la cláusula primigenia eliminada el 3% solo se causaría con el cumplimiento de las condiciones en ella descritas, las cuales no se cumplieron, que no es cierto que este acreditado el costo directo y que no se ha generado obra alguna. En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría excepto el 1. Propuso las excepciones de indebida representación del demandante, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, incumplimiento de demandante, enriquecimiento sin justa causa falta de causa para despedir, pago inexistencia de la obligación por estar sujeta a condición, compensación, buena fe, mala fe del demandante, prescripción. (fls 106 al 160).

La demandada presentó demanda de reconvención solicitando se declare la existencia de cuatro contratos, incumplidos por lo que lo pagado es un enriquecimiento sin justa causa, por lo que debe pagar las sumas recibidas por honorarios. En los hechos básicamente se asegura que a pesar del incumplimiento del objeto del contrato la demandante si cumplió con el pago. (fls 633 al 658).

La demanda fue contestada oponiéndose a las pretensiones asegurando que sí se cumplió con lo pactado. Negó en su mayoría los hechos, excepto 6,7,11,12 ,16, 17,22,28 parcialmente. Propuso las excepciones de inexistencia de causal de incumplimiento, la causal de enriquecimiento sin causa es ficticia, tampoco existe causal de responsabilidad en la supuesta imposibilidad de ejecutar el contrato y en general "excepción a todas las pretensiones. (Fls. 768 al 793).

Tramitada la primera instancia, el Juez 37 Laboral del Circuito Bogotá, profirió sentencia, calendada el día trece (13) de agosto de 2021, por medio de la cual se declaró la existencia entre las partes de cuatro contratos de prestación de servicios

para que el demandante desarrollara el plan de manejo y regularización de UNIINPAHU, declaró probada la excepción de pago, propuesta por la demandada y la absolvió de las pretensiones incoadas por el demandante, de igual forma absolvió a este de las pretensiones de la demanda de reconvención. No condenó en costas.

Como fundamento de su decisión señaló que del acervo probatorio allegado y lo manifestado por las partes, estos coincidían en aceptar la existencia de 4 contratos de prestación de servicios No. 015 de 2004, 082 de 2009, 015 de 2014 y 117 de 2016, los que con el transcurso del tiempo, fueron modificados por otrosí allegado también al plenario, que los objetos principales de estos, radicaron en la elaboración del PRM de la demandada para ser presentado ante la hoy Secretaría de Planeación Distrital, en el marco de los cuales, el actor se comprometió a realizar las funciones inherentes a su profesión como ingeniero civil, cuyas obligaciones se encuentran descritas en dichos contratos; de lo que se desprende que según el objeto contractual pactado, los mismos tenían plena validez, sin que se pudiera admitir la tesis del actor, según la cual, existió un único contrato, pues los objetos contractuales de los mismos, permiten evidenciar el cumplimiento de etapas que con el paso del tiempo pudiera dar lugar a precisiones contractuales, que la celebración de dichos contratos, no implicaban per se la no solución de continuidad, pues entre la terminación del contrato No. 015 de 2014 y el de 2016, habían transcurrido 1 año, 6 meses y 4 días, interregno que permitía concluir la solución de continuidad, no pudiéndose declarar la ejecución de un solo contrato, lo que había sido ratificado en interrogatorio de parte absuelto por el actor, quien indicó que había laborado más de 7 veces en el proyecto presentado ante la Secretaría de Planeación, habiendo lugar a declarar la existencia de 4 contratos.

Señaló en cuanto los extremos temporales de cada uno de ellos, que ellos se determinaban con los otrosí y en cuanto a los honorarios, se había pactado que ascendían al 3% del costo directo de las obras que generara el diseño arquitectónico aprobado en el PRM, asimismo, el reconocimiento de \$1.800.000 mensuales por mes vencidos, el que se fijó en \$2.300.000 para los años 2008 y 2009, teniendo como extremo del segundo contrato el 16 de febrero de 2009 al 1 de enero de 2014, en el que también se había pactado por concepto de honorarios el mismo 3% y la suma mensual de \$2.300.000, frente al tercero contrato, los extremos correspondían al 1 de enero de 2014 al 30 de junio del mismo año, el que se había prorrogado mediante otrosí hasta diciembre de dicha anualidad, pactándose igualmente el pago de honorarios del 3% y reconocimiento mensual de \$3.000.000 y el contrato 117 de 2016, sus extremos correspondían de julio de 2016 a 31 de mayo de 2017, en este, contrario a los contratos antes suscritos, en cuanto a los honorarios, no se fijó un porcentaje por el valor de los costos directos, sino que la forma de pago se

estableció por valor de \$20.000.000, pagadero en 5 millones mensuales y los últimos 5, contrarecibo de la resolución de adopción del PRM.

Frente al reconocimiento y pago de honorarios, del interrogatorio de parte vertido por el actor, este indicó que se le había reconocido el pago de los honorarios pactados, manifestación que se corroboraba con los más de 60 cheques aportados al plenario que daban cuenta del giro de dineros por concepto de honorarios a la cuenta bancaria del actor, por la ejecución del contrato 15 de 2004, por \$98.974.583, cheques en las mismas condiciones por la ejecución del contrato del 2009, 12 cheques por la ejecución del contrato 15 de 2014 y finalmente, 10 cheques por la ejecución del contrato 117 de 2017, en la suma de \$157.096.064; advirtiéndose que del contenido de dichos contratos, estos se sujetaban a la voluntad de las partes, lo que imponía la absolución de la demandada ya que si bien el demandante afirmó que la intención contractual siempre fue una, lo cierto es que su afirmación era contraria a los términos contractuales que se había comprometido a honrar, que se verificaba la labor prestada por el actor con el dicho del testigo, quien fue muy claro en señalar que desconocía los aspectos relacionados con la contratación del actor y los términos acordados, por lo que si bien se demostrada la prestación del servicio, no así la forma de solución de pago pretendida en la demanda y de la afirmación del demandante según la cual los contratos fueron suscritos para justificar partidas presupuestales, no había prueba, no pudiéndose desvirtuar la presunción de legalidad de los contratos que él mismo suscribió.

Frente a la demanda en reconvención indicó que conforme a las declaraciones de los testigos, quienes manifestaron haber conocido la labor prestada por el actor y que se corroboraba con la radicación del plan fue radicado el 31 de agosto de 2016 por la representante legal de la demandada, lo que permitía colegir que había correspondido a la vigencia del contrato 117 de 2016, el que no podía ser presentado por persona distinta diferente a los propietarios de los predios y que culminó con la expedición de la resolución, concluyéndose que sí se había cumplido las obligaciones pactadas por parte del actor, no habiendo lugar a acoger tampoco las pretensiones planteadas en demanda de reconvención.

RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandante

Afirmó que de las pruebas presentadas se demuestra la existencia de unos contratos y ejecución de una obra de los cuales nace el derecho al pago de los honorarios que fueron pactados; no obstante, independientemente de la existencia de varios contratos, prima el hecho conforme el artículo 1618 del CC, que la intención de las

partes contratantes, debe estarse más a dicha intención que al literal de las palabras, las pruebas no fueron debidamente valoradas.

Parte demandada

Solicita se revoque el numeral CUARTO en la que se resolvió absolver al demandado en reconvención, que si bien se había determinado la existencia de 4 contratos de manera acertada, se debía analizar si cada uno de ellos habían sido cumplidos de manera individual por parte del demandante, ya que en vigencia del primer contrato, el del 2004, no se había cumplido con el objeto del mismo, ya que no fue elaborado ni aprobado el plan de manejo de Uninpahu, por ello las sumas pagadas por ese contrato no habían tenido causa alguna, lo propio ocurrió con el segundo contrato, pues si bien esa entidad le pagó los honorarios de este y del siguiente contrato, su objeto no se cumplió, no se aprobó en vigencia de estos el plan de manejo, siendo evidente que se había configurado en cabeza del demandante un enriquecimiento sin justa causa, ello con fundamento también en que en dichos contratos de manera clara en su cláusula cuarta se indicó que tales sumas por concepto de honorarios, se cancelarían a título de abono de cara a lo que se esperaba se cumpliera, esto es, la expedición de las licencias por las obras que iban a ser ejecutadas y obras no hubo, por ello, tales abonos no se habían causado.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no existió reparo respecto a la existencia de 4 contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y que quedaron claramente detallados en decisión de primer grado, aunado a que fueron allegados al plenario y si bien, la parte demandante solicitó la declaratoria de un único contrato, lo cierto es que en su recurso no manifestó inconformidad frente a la existencia de se itera, 4 contratos conforme fue declarado en decisión de primer grado.

Descendiendo al estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se tiene que señala que las pruebas no fueron debidamente valoradas, no obstante, no indica cuál medio probatorio no se valoró en debida forma; aunado a ello, del análisis del caudal de dicha índole claramente se puede establecer aparte de cómo se señaló, la existencia de 4 contratos individuales, el pago de lo pactado en ellos a favor del demandante, pues suficiente fue la documental allegada al efecto que demuestra dichos pagos a más de la confesión en tal sentido por parte del actor en interrogatorio de parte.

Ahora en cuanto al recurso interpuesto por la parte demandada y conforme el contenido de los contratos suscritos, se tiene que la Fundación contratante, tenía claro con la sola suscripción de un contrato como fue el inicial que data del 2004, no era suficiente para lograr su objeto que se ciñó a la elaboración y aprobación del

Plan de Regulación y manejo; ello se deduce de la suscripción de los otrosí a dicho contrato, mediante los cuales se prorrogó su vigencia y la suscripción de los otros 3 contratos que perseguían el mismo objeto; razón por la cual, el no cumplimiento de su objeto en la vigencia del primer contrato suscrito, no denota el incumplimiento de las obligaciones del contratista, esto es, el aquí demandante, pues fue una cuestión que en vigencia de los mismos, nunca se puso de presente por la parte demandada, aunado a ello, finalmente se alcanzó el objeto planteado que fue la adopción del plan de regulación y manejo de la UNINPAHU, adoptada a través de resolución No. 1186 del 14 de agosto de 2018 expedida por la Secretaría de Planeación, visible a folio 52 del plenario y cuyo contenido da cuenta con claridad que quien presentó dicho plan fue el señor Carlos Elbert Camacho por virtud de poder que le fuera concedido por la aquí demandada.

Así las cosas, contrario a lo señalado por la parte demandada en su recurso y alegaciones, en el presente no se evidencia incumplimiento de lo pactado por parte del actor, contrario sensu, las testimoniales vertidas también dieron cuenta de la prestación de su servicio a favor de la demandada y finalmente, fue adoptado el plan de regulación y manejo de la demandada, razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo expuesto en esta audiencia.

SEGUNDO. COSTAS. No se causan en la alzada.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO
ACLARACION DE VOTO

Considero que las materias de la demanda de reconvencion no son de comoetencia de la jurisdiccion laboral

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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2019-846-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NOBARDO PEÑA PINEDA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente:

AUTO

ACÉPTESE el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en los términos del artículo 316 del CGP.

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de febrero de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor NOBARDO PEÑA PINEDA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado que realizara al RAIS por intermedio de Colfondos S.A., ante el incumplimiento de los deberes legales de información y asesoría, los que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201900846-01 Dte: NOBARDO PEÑA PINEDA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

generaron un error de hecho que vició su consentimiento, que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de tales declaraciones, peticona se condene a Colfondos S.A., a registrar en su sistema de información que su afiliación a esa AFP estuvo viciada de nulidad, a trasladar la totalidad de recursos depositados en su CAI, junto con rendimientos y sumas adicionales, que se condene a Colpensiones a activar su afiliación ante dicha administradora y a reconocerle pensión de vejez, conforme las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, junto con retroactivo; subsidiariamente peticona se declare la ineficacia del traslado al RAIS, con las mismas consecuencias señaladas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de agosto de 1957, que empezó a cotizar al RPM a través de Cajanal EICE desde agosto de 1986 a septiembre de 1994, acreditando 418 semanas de cotización, que Colfondos lo persuadió en agosto de ese año para que se vinculara a esa AFP, sin informarle al momento de su afiliación de las implicaciones de dicho traslado, que no se le señaló las características propias de ese régimen, no se le indicaron las ventajas o desventajas de la decisión de cambio de régimen y no se le ilustró sobre escenarios comparativos en su caso particular en uno u otro régimen.

Afirma que ha cotizado para pensión a dicho régimen desde su afiliación en 1994 y hasta la fecha, que en mayo de 2019 a través de cálculo actuarial, tuvo conocimiento de que en el RAIS, a los 62 años, le correspondería una mesada pensional de \$1.991.512, mientras que en el RPM, sería de \$4.210.479, que nunca se le advirtió sobre la disminución sustancial en su mesada pensional y en el 2019, solicitó a Colfondos anular su afiliación, a Colpensiones reactivar la misma, solicitud esta última que le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLFONDOS S.A., no se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numeral 1



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201900846-01 Dte: NOBARDO PEÑA PINEDA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

y 15, y manifestó no constarle los No. 2, 3, 16 y 17 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe y compensación y pago.

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 16 y 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por CAJANAL al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la COLFONDOS S.A. que tuvo como fecha de suscripción el día 25 de agosto 1994. En consecuencia, DECLARO válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, así como gastos de administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que conforme criterio jurisprudencial al respecto esbozado por la Corte Suprema de justicia entre otras en sentencia SL 1688 y 1689 de 2019, se resaltaban 4 aspectos en cuanto al traslado de régimen pensional, el primero, que desde la Ley 100 de 1993, se encontraba el deber de información, el que también se consagraba en el Decreto 663 de 1993, el segundo, que el formulario de afiliación no era prueba suficiente del suministro de dicho deber de información, el tercero, que la carga de la prueba en cuanto a ese deber recaía en las AFP y por último, que tales derroteros tenían carácter de universalidad, esto es, aplicaban para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201900846-01 Dte: NOBARDO PEÑA PINEDA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

todos los afiliados con independencia de si eran o no beneficiarios del régimen de transición.

Que no se había probado que el demandante fuera beneficiario del régimen de transición pues no cumplía con los requisitos previstos para el efecto, que en cuanto al acto del traslado que tuviera lugar en agosto de 1994 de Cajanal al RAIS administrado por Colfondos, en interrogatorio de parte, el demandante había indicado que se le había realizado una entrevista individual que había durado alrededor de media hora, que sus aportes generaría rendimientos, que se pensionaría en mejores condiciones, ello por virtud de los problemas que afrontaba Cajanal, de lo que se determinaba que no se configuraba confesión respecto del deber de información, pues en cuanto a su traslado, era escasa la información suministrada, ya que el de manera espontánea informó características propias del RAIS, lo que determinada un conocimiento de manera general, no obstante se advertía una total ausencia de las características y beneficios del régimen público, pues no indicó que siquiera se le hubieran tenido en cuenta para promover su traslado las semanas cotizadas a Cajanal, advirtiéndose la inexistencia de un estudio particular de la situación pensional particular del demandante.

Y en el plenario no había ningún otro medio de prueba en cuanto al deber de información, así ante la inexistencia de prueba que denotara la existencia del deber de información, se debía declarar ineficaz el traslado efectuado por el demandante, debiendo Colfondos S.A., devolver a Colpensiones el valor de los aportes junto con rendimientos y devolución de los valores por concepto de gastos de administración.

Indicó respecto de la pensión de vejez deprecada que actualmente se encontraba vinculado con la DIAN, lo que determinaba que tenía la calidad de empleado público, sin que se probara su ejercicio en algún cargo en el marco de un trabajador oficial, careciendo de competencia para pronunciarse sobre dicha pretensión.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201900846-01 Dte: NOBARDO PEÑA PINEDA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por último indicó que no se declaraba probada la excepción de prescripción, por cuanto la acción de ineficacia, tenía una relación intrínseca con derechos pensionales, los que tenían el carácter de imprescriptibles.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** recurrió señalando que de conformidad con el caudal probatorio, en especial el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, se podía concluir que este tenía conocimiento de las características propias del RAIS y si bien no recordaba respecto de las semanas cotizadas por él a Cajanal, ello sí se debió de tener en cuenta en el acto de traslado, pues una cosa era la falta de recordación de la información y otra que no se le hubiese suministrado la misma. En cuanto a dicho deber señaló que las entidades no desconocían su existencia, sin embargo dicho deber se intensificaba con la Ley 1328 de 2009, no siendo dable requerir la misma información para el año 1994 y darle el mismo alcance que la Ley y la jurisprudencia le han dado con el paso del tiempo, por ello tal exigencia atentaba contra el principio de seguridad jurídica.

Que era evidente que la suscripción del formulario de afiliación por parte del actor, se había realizado a consideración de acuerdo a los requisitos legales y de la información suministrada a este por la AFP Colfondos, no existiendo causal de nulidad que invalidara el acto de afiliación. Que la inconformidad del demandante en permanecer en el RAIS, giraba en torno a la cuantía de su mesada pensional, la que no obedecía a la arbitrariedad de las administradoras de pensionales y no daba lugar a la ineficacia declarada, que se debía tener en cuenta el principio constitucional de sostenibilidad financiera, siendo que el traslado ordenando afectaba dicha sostenibilidad respecto de Colpensiones, ya que el actor no había construido un derecho pensional en el RPM y llevaba más de 20 años cotizando al RAIS, teniendo el suficiente tiempo para manifestar su inconformidad de pertenecer a dicho régimen y no lo hizo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201900846-01 Dte: NOBARDO PEÑA PINEDA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

señor NOBARDO PEÑA PINEDA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y en subsidio ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 25 de agosto de 1994 y que fuera allegado por la demandante y esa AFP al plenario digital.

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

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

Es así como en casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201900846-01 Dte: NOBARDO PEÑA PINEDA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en recurso y alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Nobardo Peña, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS, el que quedó probado, tuvo lugar en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201900846-01 Dte: NOBARDO PEÑA PINEDA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se concluye que contrario a lo señalado por la recurrente, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información en los términos antes señalados y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, arribando luego de efectuar dicho estudio la decisión de primer grado a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio para el caso particular del demandante, la que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, deber que contrario a lo indicado por Colpensiones, no surgió con posterioridad a la afiliación del actor al RAIS.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, ello no es óbice para que pueda adelantar la acción judicial bajo estudio por falta del deber de información, ante su carácter de imprescriptible.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201900846-01 Dte: NOBARDO PEÑA PINEDA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Respecto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante y demás emolumentos señalados en decisión recurrida, junto con gastos de administración durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones y demás que realizó el actor a órdenes de Colpensiones, las que una vez trasladadas, entrarán a hacer parte del fondo común administrado por esta demandada.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201900846-01 Dte: NOBARDO PEÑA PINEDA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO