



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador  
Radicación No.08-2017-00217-01**

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

**DEMANDANTE: CONSUELO DE LAS MERCEDES ACUÑA TRASLAVIÑA**  
**DEMANDADO: SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.**  
**LLAMADO EN**  
**GARANTÍA: DANIEL CORREA SENIOR**  
**ASUNTO: RECURSOS DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y**  
**DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la demandante CONSUELO DE LAS MERCEDES ACUÑA TRASLAVIÑA y la demandada SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y la demandada presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 1 de junio 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora CONSUELO DE LAS MERCEDES ACUÑA TRASLAVIÑA, instauró demanda ordinaria laboral contra SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., como

aparece a folios 2 a 22, y subsanación a folios 101 a 103 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. **DECLARAR** que la demandante prestó a la entidad demandada los servicios profesionales de abogada en ejecución de un contrato de mandato judicial, según las condiciones pactadas en la propuesta de honorarios del 30 de abril de 1997, que fue aceptada por la demandada.

**CONDENAS PRINCIPALES:**

1. **CONDENAR** a SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. a pagar a la demandante la suma de \$120.000.000 por concepto de suma fija pactada como contraprestación por la obtención de sentencia favorable en el proceso número 68001231500019961243000.
2. **CONDENAR** a SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. a pagar a la demandante la suma de \$1.001.425.460,14 equivalentes al 4% de la totalidad de la suma dejada de pagar, por la obtención de sentencia favorable en el proceso número 68001231500019961243000
3. **CONDENAR** a la demandada a pagar los intereses moratorios sobre las sumas solicitadas a partir del 18 de noviembre de 2015.
4. Que se condene al pago de las costas y agencias en derecho
5. Que se condene en Ultra y Extra petita.

**CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La demandada SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demandante y proponiendo excepciones de mérito (fls. 130 a 152), de acuerdo al auto de fecha 27 de septiembre de 2017, proveído en el que además se llamó en garantía del señor DANIEL CORREA SENIOR.

El llamado en garantía presentó contestación de la demanda y del llamamiento en garantía (fls 217 a 227), de acuerdo al proveído del 17 de abril de 2018.

**SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 8 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 3 de junio de 2021 **CONDENÓ** a la demandada SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, a pagar a favor de la señora CONSUELO ACUÑA TRASLAVIÑA la suma de \$50.000.000 por concepto de honorarios profesionales correspondientes a la labor efectuada por la demandante dentro del proceso contencioso administrativo con radicación 1996-12430; **CONDENÓ** a la demandada a pagar a favor de la demandante. Por concepto de intereses moratorios, la cantidad que corresponda a una tasa del 6% anual, en los términos del artículo 1617 del Código Civil, intereses moratorios que se causan sobre los honorarios profesionales reconocidos en el numeral anterior de esta providencia, a partir de la ejecutoria de la presente decisión y hasta la fecha en que se realice el pago respectivo; **ABSOLVIÓ** al llamado en garantía de todas las pretensiones incoadas en su contra; **DECLARÓ** no probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación y se **RELEVÓ** del estudio de los demás medios exceptivos; y **CONDENÓ** en costas a la pasiva

### **RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la anterior decisión, la demandante CONSUELO ACUÑA TRASLAVIÑA interpuso recurso de apelación, solicitando que se tenga por válido el pacto de honorarios y se modifique el valor de la condena, bajo los siguientes argumentos:

Señaló el impugnante que si bien la decisión adoptada en primera instancia fue adoptaba con la normativa correcta, aseguró que cometió un error respecto al alcance que tiene el contrato de mandato y la forma en que se puede pactar la remuneración de los honorarios que genera, esto debido a que este tipo de contrato no está sometido a solemnidades especiales para su configuración y perfeccionamiento, además que conforme al artículo 2143 del Código Civil la remuneración del mandato puede ser pactada antes o después de perfeccionar el contrato, por lo que la validez del acuerdo de honorarios no debe verse afectada por haber sido suscrita con posterioridad al haberse otorgado el poder.

Aunado a lo anterior, indicó que si bien el acto de apoderamiento no configura propiamente el elemento remuneratorio, si permite evidenciar la existencia del contrato de mandato, tal como se estableció en la sentencia, y al haberse otorgado poder, solo faltaba por parte de los contratantes el establecer los honorarios

derivados de la gestión, que en el caso en concreto fue materializado con la oferta de servicios aceptada por el señor DANIEL CORREA SENIOR en su calidad de representante legal de la demandada, por lo que para emitir la sentencia condenatoria debió aplicarse las condiciones consensuadas por las partes antes que los valores establecidos en Conalbos.

Por otra parte, manifestó que en lo que refiere a las limitaciones de los representantes legales de la demandada para la época de los hechos, es bien sabido que en sociedades comerciales cuando una persona natural aparece inscrita como representante legal como es el caso del señor DANIEL CORREA SENIOR, sus actos tienen oponibilidad de terceros, lo que implica que el tercero no es quien debe corroborar si la persona que suscribe el contrato y está registrada como representante legal, tiene facultad o no la facultad de obligar a la sociedad que representa.

Además, aseguró que dentro de los estatutos de la entidad demandada, no existía limitación alguna para los presidentes de la sociedad que impidiera la celebración de negocios en representación de la demandada, pues el cargo que si la tenía era el gerente, situación que a su criterio es lógica por ser los presidentes los dueños de la sociedad y el gerente un tercero contratado para dirigir la empresa.

Por su parte, la demandada **SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.**, también apeló la sentencia de primera instancia, indicando que lo que realmente se demostró en el debate es que la demandante no prestó sus servicios profesionales como persona natural, sino como titular de las personas jurídicas denominadas “*Acuña y Abogados*” y “*Acuña Acuña Estudio Jurídico*”, situación que se corrobora en los documentos aportados por la misma demandante, siendo esta la propuesta de servicios, y la factura de 4 de junio de 2016, de la cual se denota que el contrato de mandato se dio en el marco de dos personas jurídicas, tal como fue reafirmado por el testigo Eduardo Gómez al indicar que la prestación de servicios del proceso iniciado por invias fue realizada a través de la firma de abogados en el que trabajaba la demandante.

Por otra parte, aseguro que conforme al literal 6 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no debería ser la jurisdicción laboral la encargada de resolver la controversia.

Finalmente solicitó que, en caso de mantener la decisión condenatoria, debe tenerse por cierto que la demandante recibió un pago de \$150.000.000 pesos a título de honorarios, por así aceptarlo en la demanda, y en consecuencia se declare probada la excepción de compensación propuesta en la contestación de la demanda

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para los recurrentes les mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a determinar: **1.** Si es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral resolver la litis planteada; En caso afirmativo, **2.** si erró el *A quo* al liquidar los Honorarios condenados bajo los presupuestos establecidos por la Corporación Colegio Nacional de Abogados – Conalbos y no con lo dispuesto en la cotización de servicios del 30 de abril de 1997; **3.** Si hay lugar a declarar probada la excepción de compensación.

En atención al cuestionamiento planteado, sea lo primero precisar que a diferencia de lo indicado por la entidad demandada en su recurso, la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer del asunto sometido a estudio, en la medida que así lo estipulo el numeral 6 del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, al indicar:

**ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. Modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:**

[...]

**6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive. (Se resalta)**

Frente al tema la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL 2385 de 2018, adoctrinó:

*“De otra parte, no desconoce la Sala que el contrato de mandato o prestación de servicios es eminentemente civil o comercial, pero en este caso y sin restarle tal connotación, fue el legislador quien bajo la libertad de configuración y por excepción, le asignó al juez del trabajo la competencia para resolver los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de los honorarios y demás remuneraciones por servicios personales de carácter privado.”*

Con base a lo anterior, concluye esta Sala que la jurisdicción ordinaria laboral, es competente para conocer del proceso referenciado, independientemente de que obrare como demandante una persona natural o jurídica, en la medida que el objeto contratado en este tipo de asunto, se presta o desarrolla a través de la actividad o gestión de un profesional o persona natural.

#### **DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO ABOGADO**

Sea lo primero precisar que, no fue motivo de discusión que la demandante CONSUELO ACUÑA TRASLAVIÑA representó los intereses de SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. en calidad de apoderada dentro del proceso de radicado 68001231500019961243000 que adelantó en su contra el Instituto Nacional de Vías durante todo su trámite y hasta su terminación, pues así fue aceptado por la pasiva y corroborado con el mismo expediente que fue remitido en calidad de préstamo y se encuentra anexo al proceso.

Aclarado ello, observa esta Sala de decisión que la parte accionante pretende, que los honorarios que fueron ordenados en la sentencia de primera instancia sean liquidados conforme a lo dispuesto en el numeral 2 de la Oferta de Servicios del 30 de abril de 1997 (fl 47 a 49 del primer cuaderno).

Así las cosas, tenemos que el contrato de mandato, por disposición del artículo 2142 del CC, se define como aquel en que una persona confía en otra la gestión de uno o más negocios, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Se caracteriza, además por ser un contrato bilateral, que comporta obligaciones tanto en cabeza del mandante como del mandatario, y conlleva la exigencia de pagar la prestación pactada por parte del mandante, que puede estipularse por un valor determinado conocido desde el principio o aleatorio, como

cuando se pactan a cuota Litis, esto es, por una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante. (SL4148-2018, Radicación n.° 60379 del 25 de septiembre de 2018)

En los términos atrás expuestos, es pertinente señalar, que el régimen legal que regula la prestación profesional de los servicios de los abogados es el previsto para el contrato de mandato en el libro IV, título 28 del Código Civil, no solo por la naturaleza misma de la actividad que cumplen dichos profesionales sino en virtud de lo definido en el artículo 2144 de dicho estatuto, en tanto prevé que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o que implican la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.

En lo atinente a la retribución de tales contratos, el artículo 2143 del Código Civil dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado y que la retribución es determinada por las partes, por la ley o por el juez. De otro lado, el artículo 2184 ordinal 3°, del mismo código consagra la obligación para el mandante de cancelar la remuneración estipulada o la usual a su mandatario.

En punto a la tasación de los honorarios del mandato a falta de estipulación entre las partes, la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicación 36606 del 22 de enero de 2013, reiteró que, el juez puede suplir la voluntad de las partes, determinando conforme el grado de complejidad del proceso, la calidad y cantidad de la actuación del profesional y la duración del trámite, el monto de los honorarios a que se hizo acreedor. Pero para determinar esa remuneración, de suma lógica se requiere que se haya cumplido con el objeto estipulado en el contrato de servicio, y así lo ha dejado sentado la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2385 de 2018, así:

*“para el caso de los contratos de mandato o de prestación de servicios profesionales de carácter privado, la cancelación de los honorarios pactados tiene la obligación por parte del deudor o contratante de cubrirlos, siempre y cuando el acreedor o contratista haya cumplido con el objeto del contrato.”*

Con base en las anteriores precisiones, centra esta Corporación su estudio a la oferta de servicios de fecha 30 de abril de 1997 en la que se basa su recurso la parte actora (fl 47 a 49 primer cuaderno), con miras a determinar si el mismo

cuenta con la fuerza para obligar a las partes en lo que concierne a la retribución por los servicios profesionales prestados por la demandante, debe decirse que se arriba a la misma conclusión que el *A quo*, pero por motivos diferentes, tal como pasa a explicarse:

En primera medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 1602 del C.C., *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, y que en lo que respecta a la oferta como base de constitución de un contrato, la H. Corte Suprema de justicia – Sala de Casación Civil en su sentencia SC1303-2022 explicó que:

*“Según lo ha expresado esta Sala, «El postulado de la normatividad de los actos jurídicos (art 1602, C.C) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas en él»*

*3. En primer término, la oferta es una propuesta firme de celebrar un contrato, presentada en condiciones precisas, de suerte que la mera aceptación es suficiente para la formación del contrato. De manera puntual, en los términos del artículo 845 del Código de Comercio, la propuesta «deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario».*

*4. A su turno, la aceptación se recibe como el asentimiento inequívoco - expreso o tácito-, incondicional y oportuno de la oferta. (...)*

Aunado a ello en sentencia CSJ SC054-2015, del 29 de enero 2015, la misma Corporación estableció que:

*«En virtud de la aceptación que se exprese sin condicionamientos, tanto el oferente como el aceptante quedan vinculados, y si el contrato no es de aquéllos que están sujetos al cumplimiento de alguna solemnidad para su perfeccionamiento pues es meramente consensual, surge de inmediato a la vida jurídica, por lo que está destinado a producir, a plenitud, los efectos que le son propios»*

Con lo anterior, debe decirse que si bien la oferta de servicios fue suscrita por el señor DANIEL CORREA SENIOR quien ostentaba la calidad de representante legal de la demandada para la época, encuentra razón esta Sala en parte de lo manifestado por la pasiva en su recurso de apelación, pues si bien se tiene certeza que la demandante también firmo la oferta, lo cierto es que no lo hizo como persona natural, sino en representación de la sociedad CONSUELO ACUÑA & ABOGADOS, situación que se corrobora por estar su firma en la parte de debajo de la anterior razón social, lo que cobra más sentido si se tiene en cuenta que en la totalidad del cuerpo de la oferta, la parte oferente a la cual pertenece la demandante siempre se identificó de manera plural.

Con lo anterior, resulta claro que las obligaciones contenidas en la oferta solo serian exigibles por las partes que la suscribieron, y en caso de haber dado cumplimiento a las condiciones establecidas en la misma, no obstante, una vez verificada la actuaciones realizadas por la demandante en su calidad de apoderada de ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., en el proceso de radicado 68001231500019961243000 que adelantó el Instituto Nacional de Vías ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se encontró que cada una de ellas derivaron del poder que le fue conferido pero en calidad de persona natural (fl 230 del cuaderno 01) , sin que se hubiese especificado o concretado que su gestión se realizaba con ocasión a la delegación, representación, sustitución o por tener la calidad de socio o representante legal de la entidad CONSUELO ACUÑA & ABOGADOS, siendo así, concurda esta Corporación a que no hay lugar a dar aplicación de la oferta de servicios para liquidar los honorarios condenados, pues si bien quien defendió a la demandada fue la aquí accionante, lo cierto es que no se puede determinar de ninguna de las pruebas arrimadas que fuera con ocasión al contrato suscrito entre las personas jurídicas el 30 de abril de 1997 (fl 47 a 49 del primer cuaderno).

Dicho lo anterior, debe decirse que a diferencia de lo indicado por la pasiva, el hecho de que se haya encontrado probado que la oferta mediante la cual se pretendió el pago de los honorarios en la demanda fue suscrita entre personas jurídicas, no afecta el sentido de la decisión en primera instancia, pues como se ha expuesto, sí se encontró acreditada la prestación del servicio por parte de la demandante, actividad que debe ser remunerada, y que a falta de acuerdo entre las partes, su valor fue determinado por el juzgador con base en las tablas establecidas por la Corporación Colegio Nacional de Abogados – Conalbos, suma

que valga decir no fue recurrida por ninguna de las partes por lo que se mantendrá el dispuesto en el ordinal primero de la sentencia recurrida.

Finalmente, en lo que respecta a la compensación debe indicarse que para que tal medio exceptivo pueda ser declarado, debe acreditarse en el proceso “*la existencia simultanea de obligaciones reciprocas entre las partes*” como lo dispone el artículo 1625 del C.C. e indicado entre otras en sentencia SL 3778-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal situación no acontece en el presente proceso, ya que si bien la parte demandante indicó haber recibido la suma de \$150.000.000 en el hecho 2.6 de la demanda, dicha manifestación no solo fue desconocida por la parte demandada al contestar la misma, sino que además el presunto pago se indica fue con ocasión a la oferta de servicios que en líneas anteriores fue desestimada para liquidar los honorarios condenados, razón por la cual al no hay lugar a modificar la decisión en lo que respecta a dicho medio exceptivo.

Con todo lo anterior, y teniendo en cuenta los argumentos se **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia de primera instancia.

**COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida 3 de junio de 2021 por el Juzgado 8 Laboral el Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en esta decisión.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 017-2018-00328-01**

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

**DEMANDANTE: MARIA LUISA ROJAS BARRERA**  
**DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS S.A.**  
**GOLD RH S.A.S**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandante y demandada GOLD RH S.A.S, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **MARIA LUISA ROJAS BARRERA**, instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad **SALUD TOTAL EPS** y solidariamente contra **GOLD RH SAS**, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía SALUD TOTAL EPS S.A., vigente desde el 13 de enero de 2005 hasta el 12 de diciembre de 2017, en tanto la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM Y GOLD RH SAS, actuaron como simples intermediarias.
2. **DECLARAR** que los dineros recibidos por concepto de medios de transporte y equipos productivos, retribuían la labor ejecutada, y por lo tanto constituían factor salarial.
3. **DECLARAR** que el último salario percibido fue equivalente a \$2.841.536, que comprende el salario básico y comisiones.
4. **DECLARAR** que SALUD TOTAL EPS S.A. terminó de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo.

**DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS**

5. **DECLARAR** que los dineros pagados por GOLD RH S.A.S en calidad de empleador, por medios de transporte y reconocimiento de equipos productivos, realmente eran comisiones que retribuían la labor de asesora comercial prestada a favor de SALUD TOTAL EPS, y por lo tanto constituían factor salarial.
6. **DECLARAR** que durante el tiempo que estuvo vinculada con GOLD RH S.A.S., no se le pagaron primas, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, aportes al sistema general en pensión y salud, sobre el salario realmente percibido.
7. **DECLARAR** que, el último salario devengado por la demandante fue de \$2.841.536, que corresponde al salario básico, más el promedio de las comisiones pagadas durante los últimos 12 meses de trabajo.
8. **DECLARAR** solidariamente responsable a GOLD RH S.A.S y SALUD TOTAL EPS S.A. al pago de la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones.
9. **DECLARAR** que la sociedad GOLD RH S.A.S terminó sin justa causa el contrato de trabajo

**CONDENAS PRINCIPALES:**

1. **CONDENAR** a la sociedad SALUD TOTAL EPS S.A y solidariamente a GOLD RH SAS a reliquidar las cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, primas, aportes al sistema general en pensión y salud, generados desde el 7 de septiembre de 2011 y el 7 de julio de 2017, incluyendo como factor salarial, lo percibido por medios de transporte y equipos productivos.
2. **CONDENAR** a la pasiva al pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ante la no consignación de las cesantías, tomando como salario la suma de \$2.841.536.
3. **CONDENAR** al pago de la sanción regulada en el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, así como la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T
4. **CONDENAR** al pago de la indemnización por terminación del contrato de manera unilateral y sin justa causa.
5. **CONDENAR** al pago de la indexación e intereses moratorios.
6. Costas procesales.

#### **CONDENAS SUBSIDIARIAS:**

7. **CONDENAR** a la sociedad GOLD RH SAS y solidariamente a SALUD TOTAL EPS S.A a reliquidar las cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, primas, aportes al sistema general en pensión y salud, generados desde el 14 de enero de 2014 al 12 de diciembre de 2017, incluyendo como factor salarial, lo percibido por medios de transporte y equipos productivos.
8. **CONDENAR** a la sociedad GOLD RH SAS y solidariamente a SALUD TOTAL EPS S.A., al pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ante la no consignación de las cesantías, tomando como salario la suma de \$2.841.536.
9. **CONDENAR** al pago de la sanción regulada en el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, así como la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T
10. **CONDENAR** al pago de la indemnización por terminación del contrato de manera unilateral y sin justa causa.
11. **CONDENAR** al pago de la indexación e intereses moratorios.
12. Costas procesales.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, contestó la demanda, tal como se advierte del escrito que obra de folio 422 a 438 del expediente digital, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad, buena fe, compensación y cobro de lo no debido.

En tanto la compañía **GOLD RH S.A.S**, luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, entre otras (folio 565-597).

Por auto del 23 de agosto de 2019, el Juzgado de origen tuvo por contestada la demanda por parte de las compañías llamadas a juicio (folio 704)

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 1 de julio de 2021, en el siguiente sentido:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre la Sra. **MARÍA LUISA ROJAS BARRERA** identificada con la C.C. 52.056.382 como trabajadora, y la sociedad **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, existió un contrato de trabajo a término indefinido, en virtud de la aplicación de los principios de la primacía de la realidad entre el 13 de enero de 2005 y el 12 de diciembre de 2017, en el marco del cual **SALUD TOTAL EPS-S S.A** ejerció como verdadera empleadora y la sociedad **GOLD RH S.A.S** fue una simple intermediaria, lo anterior según las razones analizadas.

**SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL** con **SALUD TOTAL S.A.**, e **INEXISTENCIA DE LA SOLIDARIDAD** y **DECLARAR PROBADA EN FORMA PARCIAL LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** en la forma indicada.

**TERCERO: DECLARAR NO PRÓSPERAS LAS TACHAS DE SOSPECHA** propuestas a los testigos **Gloria Esperanza Forero Forero** y **Hernán Huertas Amezcuita**, tacha formulada por el apoderado judicial de **SALUD TOTAL E.P.S. S.A.**

**CUARTO: DECLARAR PRÓSPERA LA TACHA DE SOSPECHA** propuestas al testigo Henry Ladino Díaz, por el apoderado judicial de la parte demandante, según las razones anotadas.

**QUINTO: DECLARAR** que los denominados medios de transporte y reconocimiento de equipos productivos pagados a la demandante Sra. ROJAS BARRERA tenían carácter salarial y debieron constituir base para la conformación para la liquidación de las acreencias sociales a favor de la demandante, según las razones analizadas.

**SEXTO: CONDENAR** a la codemandada GOLD RH S.A.S, a pagar en forma solidaria las condenas aquí impuestas, siendo el caso señalar que solo en el caso de la condena de reliquidación de acreencias debe responder a partir del monto de \$13.000.000 millones de pesos, teniendo en cuenta que su vínculo con la parte actora surgió a partir del 14 de enero de 2014.

**SÉPTIMO: CONDENAR** a la sociedad SALUD TOTAL EPS.S SA. a pagar a la demandante Sra. ROJAS BARRERA los siguientes conceptos y por los valores que a continuación se anuncian: a) \$ 14.457.114 por reliquidación de acreencias sociales b) \$50.242.332 por sanción por no consignación de auxilio de cesantía en forma completa c) \$62.107.896 por sanción moratoria por falta de pago de prestaciones sociales desde el 13 de diciembre de 2007 al 13 de diciembre de 2019. d) a partir del 14 de diciembre de 2019 deberá pagar intereses de mora a la más alta tasa vigente, respecto de los conceptos de auxilio de cesantía y prima de servicios...

**OCTAVO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS** de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las razones anotadas.

**NOVENO: CONDENAR EN COSTAS** a las demandadas en proporción del 80%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$ 4.000.000 M/Cte..."

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia.

**SALUD TOTAL EPS-S S.A.** Interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, a efectos que sea revocada y se

absuelva de las pretensiones de la demanda, alegando en síntesis que el testigo solicitado dio cuenta que la demandante prestó los servicios a través de una cooperativa de trabajo asociado Talentum, que por el contrario las declaraciones rendidas por los testigos peticionados por la parte actora, fueron abstractas y genéricas, en la medida que los relatos se trataron de situaciones de estos, mas no de aquellas relacionadas con la demandante. Insistió que no se analizó en su totalidad el material probatorio aportado, ya que nada se dijo sobre la confesión que realizó la demandante al absolver el interrogatorio, quien aceptó la vinculación con la Cooperativa, así como la organización de esta, además de describir quien era el jefe inmediato. Alegó que en ningún momento se delegó la subordinación, sino que la vinculación que se presentó con la demandante fue en virtud de lo establecido en la Ley 79 de 1980 y el Decreto 4588 de 2006, esto es, a través de un tercero, completamente autogestionario. Así mismo precisó que el contrato de trabajo cooperativo, nunca fue desconocido o tachado, el cual daba cuenta que el mismo se suscribió de manera voluntaria. Enunció que la tercerización está debidamente autorizada y aceptada, siempre que no exista intermediación, que nunca requirió al trabajador, para que se le pudiera dar la connotación del trabajador en misión.

Señaló que en el proceso de formalización efectuado ante el ente ministerial competente, nunca se dejó establecido que debía vincular a la demandante directamente y a través de contrato de trabajo, sumado a que los testigos tampoco pueden dar fe sobre las circunstancias en que la actora ejecutó su labor, por medio de la compañía GOLD RH, ya que no pertenecía al mismo grupo de trabajo.

Finalmente manifestó su inconformidad sobre el carácter salarial dado a los rubros pagados por medios de transporte y equipos productivos, ya que se asignaron fue para que el trabajador tuviese un mayor desempeño y no como retribución de la actividad asignada, teniendo como sustento lo contemplado con el artículo 128 del C.S.T.

Entre tanto la compañía GOLD RH S.A.S. insistió que no es una empresa de servicios temporales, que el Consejo de Estado, al estudiar sobre la nulidad del Decreto 583 de 2016, dejó claro que se debía entender por tercerización e intermediación, indicando que en este último caso, dicha actividad se prestaba a través de las empresas de servicios temporales, mientras que la tercerización por medio de las demás figuras jurídicas. Preciso que el artículo 177 de la Ley 100 de

1993, reguló lo concerniente a las actividades misionales de las empresas promotoras de salud, por lo que con base en este precepto jurídico la EPS, podía efectuar las afiliaciones a través de terceros. Manifestó que el carné y el uniforme de la demandante, si bien tenían el logotipo de la EPS accionada, no por ello dejaba de ser su trabajadora. Adujo que los acuerdos de formalización laboral, enunciaban que, algunas personas fueron contratadas directamente por la Entidad Promotora de Salud, y otros por la compañía que representa, el que además se sujetó a los parámetros legales y fue aprobado por el Ministerio de trabajo, por lo que si lo pretendido es dejar sin efectos dicho acto administrativo, se requiere de un pronunciamiento del Juez Administrativo, aunado a que dichas circunstancias evidencian su buena fe. Afirmó que nunca desconoció los derechos de la accionante, por el contrario garantizó los mismos al celebrar el contrato de trabajo, por lo que no se debió considerar que existió una intermediación laboral, y que siempre actuó como verdadero empleador, al citar a descargos a la trabajadora y dar por terminada la relación laboral.

También señaló su inconformidad frente al factor salarial otorgado a los medios de transporte, ya que según lo dispone el artículo 128 del C.S.T, modificado por la Ley 50 de 1990, norma que estaba vigente para la fecha en que causo, dicha acreencia, no tenía esta connotación.

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí el verdadero empleador de la demandante, lo fue SALUD TOTAL EPS S.A. y si la sociedad GOLD RH S.A.S, actuó como simple intermediaria. Así mismo se habrá de establecer si el rubro que percibió la señora MARÍA LUISA ROJAS BARRERA, denominado medios de transporte y equipos productivos, constituían factor salarial.

En el presente asunto no existe discusión que el demandante dada la calidad de asociado de la Cooperativa TALENTUM, prestó sus servicios en la compañía SALUD TOTAL EPS-S S.A., desde el 17 de enero de 2005 hasta el 13 de enero de 2014 (folio 309), en tanto a partir el 14 de enero de 2014 y hasta el 12 de diciembre de 2017, el cargo en mención lo ejecuto en las instalaciones de la EPS accionada, a través de la compañía GOLD RH SAS, con quien suscribió un contrato de trabajo a término indefinido.

Así mismo, el Juzgado de Primera instancia consideró que en la realidad existió un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad SALUD TOTAL EPS-S S.A., en tanto la compañía GOLD RH S.A.S., fue tan solo una intermediaria que ocultó su calidad, por lo que debía responder solidariamente.

Luego de lo anterior, entiende esta Sala de Decisión, que tal como ya se precisó al plantear el problema jurídico, el mismo se contrae a determinar la modalidad de la vinculación bajo la cual la demandante prestó sus servicios personales a la compañía SALUD TOTAL EPS S.A, ya que no existe discusión frente a la actividad desarrollada, ni del lugar de ejecución, ni de los extremos temporales en los cuales se efectuó.

Así, el convenio de asociación encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe legislación que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio, en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

Los artículos 9 y 10 del Decreto 0468 de 1990, establecen:

*“Las cooperativas de trabajo asociado, de conformidad con la ley, regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo, de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados conforme se establezca”.*

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales*

*que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.*

De la normatividad señalada, se concluye que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, salvo las excepciones autorizadas por ley, y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de trabajadores y gestores de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales enviando trabajadores en misión pues se desnaturaliza la actividad empresarial de aquella, tal y como se desprende de los artículos 16 y 17 del aludido Decreto 4588 de 2006, que a su tenor disponen:

*“Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo”.*

*“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes”.*

*Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.*

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que si bien la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada (sentencias del 06 de diciembre de 2006, Rad. 25713; SL6441-2015 y SL1430 de 2018):

*“(...) no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral”.*

Realizadas las anteriores precisiones y al aplicarla al presente asunto, encontramos según el material probatorio aportado que, entre la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM y la EPS SALUD TOTAL S.A., se suscribió una oferta irrevocable de servicios, donde la primera figuraba como oferente y la EPS como empresa, dejándose estipulado como objeto el siguiente: *“El OFERENTE se obliga en favor de la EMPRESA, a la prestación de servicios para el manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos asistencial, operativo, comercial y jurídico y de sus subprocesos y conexos requeridos, para la prestación de los diferentes servicios que desarrolla la EMPRESA, en cumplimiento de su objeto social, de conformidad con lo establecido en la normatividad legal vigente, cuyo resultado final lo constituye la garantía en la prestación del citado servicio en favor de todos lo (sic) afiliados y/o potenciales de la EMPRESA ”* (folio 450).

Adicionalmente de la certificación, así como del acuerdo de terminación del acuerdo cooperativo y de las liquidaciones finales que obran en el expediente digital (folio 234, 248, 250 y 309) se logra determinar, que la actora estuvo vinculada a la cooperativa mediante un acuerdo asociativo y que en atención al

contrato de carácter comercial celebrado con la EPS convocada juicio, la accionante prestó sus servicios en esta última.

Así las cosas, pese a que se estipuló en el acuerdo comercial, que el oferente, esto es, la COOPERATIVA TALENTUM, tenía plena autonomía para el desarrollo del objeto y que los trabajadores asociados no se encontraban sujetos al régimen laboral, en la realidad ello no sucedió, habida consideración que el acervo probatorio da cuenta que en la realidad quien fungió como verdadero empleador lo fue la compañía SALUD TOTAL EPS, al impartir órdenes y subordinación sobre la accionante, como pasa a verse:

En la oferta mercantil, se indicó en su cláusula tercera, que el trabajador asociado debía cumplir las condiciones técnicas y el horario fijado por la Cooperativa, pero de conformidad con los requerimientos, condiciones y procedimientos establecidos por la EPS SALUD TOTAL: *“El trabajador asociado deberá cumplir las condiciones técnicas y el horario fijado por la COOPERATIVA-OFERENTE, de conformidad con los requerimientos, condiciones y procedimientos establecidos para el desarrollo adecuado de los procesos y/o subprocesos contratados por la EMPRESA, los cuales estarán integrados como mínimo por los cargos y/o perfiles que se relacionan a continuación.”* (Folio 155)

Así mismo se estipuló como derecho de la EMPRESA, el siguiente: *“Podrá solicitar al OFERENTE la sustitución del (los) trabajador (es) asociado (s) que no cumpla (n) con los estándares de servicio, de atención y de idoneidad exigidos .”* en tanto como derecho del oferente se previó: *“Requerir a la EMPRESA toda la información, elementos, insumos, equipos, apoyo logístico, dotación necesaria y reglamentaria de las diferente áreas de trabajo según el nivel de atención y puestos de trabajo que se necesiten, para la ejecución de la presente oferta mercantil.”* (Folio 160-161)

Igualmente, la empresa -EPS SALUD TOTAL- era la encargada de entregar los medios de producción e instalaciones requeridos para la ejecución de las actividades al oferente -COOPERATIVA TALENTUM-: *“De acuerdo a lo establecido en la legislación vigente, en relación con todos los medios de producción e instalaciones requeridos para la ejecución de las actividades en caso de ser aceptada la oferta mercantil, serán entregados por la EMPRESA al OFERENTE relacionados en un acta que hará parte integral de la presente propuesta y se recibirán a título de comodato precario o préstamo de uso, para lo*

*cual EMPRESA y OFERENTE podrán suscribir por separado un contrato de esta última naturaleza.” (Folio 163)*

Aunado a lo anterior, a folio 493 del expediente digital, se evidencia el contrato de comodato suscrito entre la Cooperativa Talentum y Salud Total EPS S.A., en el que esta última hace entrega al comodatario de un área de 250mts<sup>2</sup>, para la ejecución del objeto enunciado en la oferta mercantil, así como una serie de bienes muebles (silla de funcionarios, sillas interlocutorias, cajoneras, repisa, biblioteca de pared y archivador de 4 cajones)

Luego de lo anterior es claro de las pruebas relacionadas que la COOPERATIVA y consecuentemente los trabajadores asociados, en ningún momento ejercieron la actividad de manera autogestionaria y con autodeterminación, en la medida que los asociados estaban sujetos a las condiciones técnicas y el horario fijado por la COOPERATIVA-OFERENTE, previos requerimientos y procedimientos establecidos por la EMPRESA SALUD TOTAL, máxime si se tiene que los elementos y lugar de trabajo eran asignados por esta última, de lo que desprende aún más la dependencia, ya que la labor solo podía ser ejecutada en las instalaciones entregadas por esta compañía, máxime cuando la empresa promotora de salud, tenía dentro de sus derechos, el cambio de un trabajador asociado, cuando no estaba conforme con la labor de este, además se requería para el desarrollo de la actividad encomendada a la accionante, que la EPS suministrara información, apoyo logístico, dotación necesaria y reglamentaria, es decir, nunca medio autonomía e independencia, máxime cuando según la oferta mercantil, los trabajadores asociados requeridos para cada perfil, estaba determinado por las necesidades propias de cada proceso y/o subproceso ofertado (folio 454).

Así mismo al escuchar la declaración rendida por el testigo de HERNÁN HUERTAS AMEZQUITA, se demostró que fue compañero de trabajo de la demandante desde el 2006 hasta el 2017, que desempeñaron la misma labor en la EPS SALUD TOTAL: *“pertenecíamos a un número de personas conformados por 20 compañeros, entre los cuales estaba María Luisa Rojas y yo, trabajando en el área comercial para Salud Total , basados en proceso de afiliación, traslados y vinculación nuevas, inclusión de beneficiarios a grupos familiares, para la EPS donde llevaban al pos, plan obligatorio de salud e hizo hacia que tuviéramos las mismas funciones.”* Igualmente adujo que inicialmente se vinculó junto con la demandante a través de la cooperativa de Trabajo asociado TALENTUM y

después con la compañía GOLD RH S.A.S, que durante la vinculación estuvieron sujetos a un control o planillas, respecto de la hora de entrada que lo fue a las siete de la mañana hasta el cinco de la tarde y que los jefes directos tanto de él como de la demandante, estaban vinculados directamente a SALUD TOTAL S.A.

Entre tanto la testigo GLORIA ESPERANZA FORERO FORERO, preciso que ingreso en el año 2009, a laborar a SALUD TOTAL, a través de la cooperativa Talentum, y después por medio de GOLD RH SAS, que idéntica situación ocurrió con la accionante, y de ello tuvo conocimiento porque desempeñaban la misma labor de asesora comercial, consistente en realizar afiliaciones, inclusión de beneficiarios y reporte de cambio de empleadores, que dadas las funciones desarrolladas, tenían que asistir a varias plenarios y reuniones. Afirmó que a todos los trabajadores asociados, entre los cuales se encontraba la demandante, fueron citaron a la sede de SALUD TOTAL, para firmar un contrato de trabajo a término indefinido pero con GOLD RH SAS, que sus jefes tanto el de ella como el de la accionante, estaban vinculados directamente con SALUD TOTAL, quienes les impartían órdenes y que la dotación entregada tenía los logotipos de la EPS accionada.

A lo anterior se debe adicionar, que a partir del 13 de enero de 2014, la demandante, finalizó de mutuo acuerdo el vínculo asociativo que tenía con la cooperativa, en tanto desde el 14 de enero de 2014, firmó contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad GOLD RH, en el mismo cargo de asesora profesional, el cual desempeñaría en las instalaciones de la EPS SALUD TOTAL, lo anterior en virtud del acuerdo de contrato de mandato suscrito entre SALUD TOTAL y GOLD RH SAS, en el cual la primera compañía, reconoce que su obligación es la promoción y afiliación de los ciudadanos, pero para su cabal desarrollo, contrataría con un tercero: *“Que para que SALUD TOTAL EPS S.A. pueda cumplir a cabalidad la obligación de promoción y afiliación de los ciudadanos, contratará los servicios de un tercero que lo represente en la consecución de dicho objetivo, quien deberá cumplir con todas las exigencias legales sin extralimitarse en su encargo.”* (folio 510)

Además de lo anterior, el pago del contrato civil, era realizado por el mandante, esto es, la EPS con las unidades de pago por capacitación: *“Los recursos con que se financia este contrato, proviene de las unidades de pago por capacitación (UPC) que reciben las Entidades Promotoras de Salud (EPS), por delegación del Fondo*

*de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), como resultado de las cotización o aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

Por otra parte del contrato de mandato se evidencia que la ejecución del mismo, solo podía ser desarrollado con los bienes y equipos entregados por el mandante -EPS SALUD TOTAL-, aunado a que se estipulo entre las obligaciones GRAND RH S.A.S, las siguientes: *“Promover entre el público el Plan Obligatorio de Salud (POS) ofrecido por SALUD TOTAL con el fin de que se afilien a esta última. Identificarse como MANDATARIO de SALUD TOTAL en la documentación y actividades propias de la ejecución del objeto del presente contrato. Brindar información veraz y completa a los ciudadanos sobre la cobertura sobre las coberturas y servicios que ofrece SALUD TOTAL.”*

Luego entonces de lo anterior, es dable concluir, que la demandante aun cuando cambio de vinculación, pues paso de tener un acuerdo asociativo, a suscribir un contrato de carácter laboral, desempeño siempre la misma función, esto es asesora profesional, a favor de una compañía -SALUD TOTAL EPS-, sociedad que nada tuvo que ver en los mencionados contratos, pese a que conocía que dentro de su objeto social, y como obligación de las entidades promotoras de salud, se encontraba el proceso de afiliación, en virtud de lo contemplado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, al regular: *“son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley.”*

Aunado a que, para el desempeño de la función encomendada a la actora, se ejecutaba a través de los elementos suministrados por la EPS, y no por quien fungió como su empleador, ni por la cooperativa, en las instalaciones asignadas por aquella, donde recibía órdenes de personal contratado directamente por SALUD TOTAL, al afirmarlo así los testigos HERNÁN HUERTAS y ESPERANZA FORERO, que contrario a lo considerado por los apoderados de la pasiva, en sus relatos si concretaron y relataron lo concerniente a la vinculación de la accionante, y conocieron de cerca las circunstancias de tiempo, modo y lugar, al ser compañeros de trabajo y estar en las mismas condiciones., en tanto HENRY LADINO, no ilustro nada diferente a los hechos que se encontraban debidamente probados y que se describieron al inicio de esta decisión, esto es, lo relacionado con las vinculaciones de la demandante.

También, nótese como tanto de la oferta comercial y del contrato de mandato, se puede evidenciar, que para el desarrollo de las funciones comerciales, *-actividad encargada a la actora-* se requería de credencial de identificación de la EPS, de la información contenida en la base de datos de la EPS, de formularios y papelería suministrada por esta, y atendiendo las condiciones, horarios y parámetros asignados por SALUD TOTAL.

Lo anterior se corrobora aún más del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de GOLD RH S.A.S, que aseguró que la demandante, debía utilizar un uniforme con el logotipo de SALUD TOTAL y del empleador, así como un carné bajo las mismas condiciones, una carta de presentación de la EPS SALUD TOTAL, además que le era asignado un usuario y una contraseña, para ingresar a la base de datos de la EPS, y así obtener información de los posibles afiliados. En tanto el representante legal de SALUD TOTAL, en su interrogatorio acepto que tercerizo el proceso comercial a través de TALENTUM y GOLD RH: *“si es cierto, hay que aclarar esta situación se dio en primer lugar con la cooperativa de trabajo asociado Talentum, para el desarrollo de la totalidad del proceso comercial, que se encargó a través de una oferta comercial y posteriormente a través de GOLD RH, también se suscribo un contrato de mandato, se le encargo con total autonomía el desarrollo de dicho proceso comercial.”*

Ahora, no es posible atender los argumentos por la pasiva, relacionados con el acuerdo de formalización laboral suscrito ante el Ministerio de Trabajo, precisándose que si bien esta Sala no le resta efectos a lo allí acordado, se debe mencionar que antes que se suscribiera este acto, lo que ocurrió el 9 de mayo de 2014, la demandante ya había firmado un contrato de trabajo con GOLD RH S.A.S, es decir, que en tratándose de la demandante, el vínculo de carácter laboral no se dio en virtud de este acuerdo.

Igualmente nótese como en ese acuerdo se estableció que, las entidades se comprometían a no incurrir en formas de intermediación y tercerización laboral que violaran los derechos salariales, prestaciones y constitucionales de los trabajadores y demás conductas que estipulara la Ley 1429 de 2010, situación que desconoció SALUD TOTAL, y así lo acepto en el interrogatorio de parte, en el que dijo que tercerizo el proceso comercial de la compañía.

Sumado a que no entiende esta Sala, como una entidad, que tiene como obligación la afiliación de los ciudadanos al sistema general de salud, solo vincule un total de 44 trabajadores, en tanto el resto que asciende a más de 1000 trabajadores, se contraten por medio de terceros, con quienes se celebran acuerdos civiles o comerciales (folio 534).

Empresa	No. Trabajadores a Formalizar	Fechas de Formalización
GOLD RH SAS	591	186 al 01 de Enero 2014 402 al 14 de Enero 2014 1 al 29 de Enero 2014 2 al 3 de Febrero 2014
MEDICALL TALENTO HUMANO SAS	1092	17 al 31 de Enero 2014 696 al 28 de Febrero 2014 325 al 31 de Marzo 2014 54 al 30 de Abril 2014
SALUD TOTAL EPS SA	44	44 al 31 de Enero 2014

Por otra parte, nuestro alto tribunal de cierre, en un caso similar al aquí enunciado- *Sentencia SL1430 de 2018*- en el que demandante describió que, desempeño el cargo de asesor de ventas en las instalaciones de la EPS accionada por intermedio de la cooperativa Talentum, consideró que el verdadero empleador había sido SALUD TOTAL S.A, indicando:

*“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.»*

En este orden de ideas, es claro de lo expuesto, que quien fungió como verdadero empleador en la prestación del servicio que ejecutó la demandante en las instalaciones de la EPS SALUD TOTAL, desde el 17 de enero de 2005 hasta el 12 de diciembre de 2017, desarrollando 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, con los elementos suministrados por esta última, lo fue SALUD TOTAL EPS, en tanto la cooperativa TALENTUM CTA y GOLD RH S.A.S, actuaron como una simple intermediaria, por lo que no erró el Juez de Primera instancia, en declarar por virtud del principio de la primacía de la realidad la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la EPS

SALUD TOTAL y la responsabilidad solidaria de GOLD RH SAS al actuar como simple intermediaria

## **NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE Y EQUIPOS PRODUCTIVOS.**

Aduce la demandante que todo aquello percibido por medios de transporte y equipos productivos, tenían el carácter de salario y que por ende debían ser incluidos en la liquidación de prestaciones sociales y demás acreencias laborales, en tanto la pasiva adujo que por virtud del artículo 128 del C.S.T, estos no constituían Salario.

Tenemos entonces, que el artículo 127 del C.S.T., prevé que Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones, en tanto el artículo 128 ibídem, enuncia que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

En tanto, la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1993-2019, CSJ SL5146 de 2020, enunció: “ *En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago.*”

La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de

retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159- 2018, CSJ SL5146 -2020).

Así las cosas atendiendo la normativa citada y los precedentes citados, sumado a la declaratoria del medio exceptivo de prescripción, sobre las acreencia causadas con anterioridad al 15 de junio de 2015, tenemos que en el asunto de marras, se evidencia del contrato de trabajo suscrito entre la accionante y la sociedad GOLD RH, se pactó como salario un básico, equivalente a \$734.200, en tanto en su cláusula tercera se estipulo un pago que no constituía factor salarial denominado medios de transporte, el que se causaba previo el cumplimiento de los siguientes requisitos: que la afiliación se realice en aquellas ciudades o municipios, en donde la EPS tenga red prestadora del servicio activo, que las afiliaciones se efectúen a trabajadores independiente, dependientes o pensionados, se diligencie correctamente de todos los formularios y se efectuó el pago de la cotización o aporte previo, por parte del asegurado.

Así mismo se dejó establecido que estos medios de transporte únicamente se pagarían una vez, por afiliación de cada cotizante, independiente de las renovaciones de la vinculación inicial; advirtiéndose que, en el evento en que el empleador hubiese pagado medios de transporte, por un usuario que haya compensado y al mes siguiente haya sido reportado como multifiliado, el trabajador estaría obligado a devolver dicho rubro (folio 614). Paralelamente, el citado acuerdo dispuso un esquema en el que se estableció que a mayor número de afiliados, más alto era el «*incentivo del transporte*».

La testigo GLORIA ESPERANZA FORERO, adujo que los medios de transportes, fue un rubro que le fue pagado tanto a ella como a la demandante y que en realidad eran comisiones, en la medida que la causación dependía del número de afiliado vinculados, en tanto lo percibido por equipos productivos, se reconocía siempre que se cumplieran las metas, correspondiéndole un 30%, al director de grupo y el 70% para los trabajadores, es decir, para “toda la fuerza comercial”. En igual sentido se pronunció el señor HERNÁN HUERTAS.

Adicionalmente, al revisar lo desprendibles de nóminas que obran de folio 340 a 379, el valor pagado por medio de transporte se realizaba de manera mensual y era muy superior al salario básico, y retribuía según el material probatorio

reseñado en líneas anteriores, la labor desempeñada por la demandante, aparte de constituir el objeto social del verdadero empleador EPS SALUD TOTAL, en tanto el auxilio de equipos productivos si bien no se efectuaba todos los meses, si retribuía la mencionada actividad, por lo que es viable concluir que tenían carácter salarial aun cuando se le hubiese dado la denominación que se le dio.

Agregándose que la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 1430 de 2018, ya estipulo, frente a los medios de transporte causados con ocasión de las afiliaciones a favor de la EPS SALUD TOTAL, que estos constituían salario: *“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 conclusión, aquellos auxilio que recibió la demandante por medios de transporte y equipos productivos, constituyeron salario, ya que retribuyó su actividad, aun cuando las partes le hubiesen dado otro carácter y su denominación encajara en los rubros enunciados en el artículo 128 del C.S.T., por lo que se confirmara la sentencia también en este tema, sin que se entre analizar las reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, en la medida que no fue objeto de reparo por las partes, en esta instancia.

En atención a las consideraciones antes expuestas, la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA.

.

#### **COSTAS.**

Por resultar desfavorable el recurso de los apelantes SALUD TOTAL y GOLD RH SAS, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora, suma que se incluiría en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

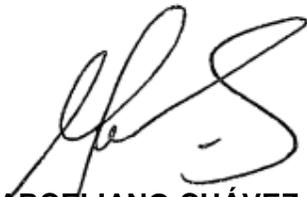
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de julio de 2021, según se expuso.

**SEGUNDO:** Por resultar desfavorable el recurso de los apelantes SALUD TOTAL y GOLD RH SAS, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora, suma que se incluiría en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

(Rad. 11001310501720180032801)



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

(Rad. 11001310501720180032801)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501720180032801)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 14-2019-00479-01**

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

**DEMANDANTE: INES RODRIGUEZ RANGEL**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**PORVENIR S.A.**  
**PROTECCION S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y**  
**DEMANDADA (PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES) //**  
**CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la demandante y demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 16 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

La señora INES RODRIGUEZ RANGEL instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, AFP PROTECCION S.A y PORVENIR S.A. como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. Que se declare la nulidad de la afiliación realizada al fondo de pensiones COLPATRIA actualmente PORVENIR S.A. y consecuentemente la vinculación realizada a PROTECCION S.A.
2. DISPONER que por efecto de las nulidades deprecadas, las cosas deben volver al estado anterior, y por tanto ORDENAR el retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES
3. ORDENAR a COLPENSIONES a reactivar la afiliación, al régimen que administra.
4. ORDENAR a PROTECCION a retornar al Régimen de Prima Media, todos los valores que hubiese recibido con ocasión a la afiliación efectuada al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses.
5. CONDENAR a la pasiva en costas y agencias de derecho.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

**COLPENSIONES**, contesto demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, entre otras (fl. 243 a 258 del archivo 1 del expediente digital), En igual sentido se pronunció **PROTECCION S.A.** y **PORVENIR S.A.** (fl. 208 a 227 y 291-335 del archivo 01 del expediente digital)

Mediante proveído del 4 de octubre de 2021, el Juzgado de origen tuvo por contestada la demanda, por parte de las entidades convocadas a juicio .

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 14 de julio de 2022, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que realizó la señora INES RODRIGUEZ RANGEL al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP PORVENIR; **CONDENÓ** tanto a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual manera **CONDENÓ** a las AFP a devolver al RPM, el porcentaje correspondiente por gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como aquel destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. **ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen que administra, sin solución de continuidad y corregir la historia laboral conforme a los dineros y sumas que le sean trasladadas del RAIS. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante y demandada **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, los cuales argumentaron, así:

#### **DEMANDANTE.**

Manifestó su inconformidad solo frente a la absolución impartida por costas procesales, enunciando que de conformidad con lo establecido en el artículo 365 y 366 del C.G.P, se debe condenar por este concepto a la parte vencida en el juicio, y que como quiera que COLPENSIONES y PROTECCION, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, sumado a que las mismas salieron avante, se debió acceder a dicha suplica.

#### **DEMANDADA COLPENSIONES**

Solicito la revocatoria de la sentencia emitida por el Juez de Conocimiento, bajo el argumento que se desconoció el principio de relatividad jurídica, ya que fue un tercero que no tuvo injerencia en el acto de traslado de régimen pensional que genero PROTECCION Y PORVENIR S.A., mas cuando considera que los actos jurídicos solo tienen efectos interpartes. Así mismo preciso que de acceder a la suplicas del escrito inicial, se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema, el cual ademas tiene garantía constitucional al ser regulado por el articulo 48 de la C.N y el Acto Legislativo 01 de 2005. Por ultimo indicó que la afiliada, se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal de trasladarse de régimen pensional, ya que para la fecha en que radico la petición, le hacían falta menos de 10 años para adquirir el derecho pensional.

### **PORVENIR S.A.**

La mentada compañía también solicito la revocatoria de la decisión adoptada por el A-quo, alegando en síntesis que brindo la información a la asegurada, a través de un promotor de la compañía. Señaló que el desconocimiento de la ley, no es excusa, para acceder a las pretensiones de la demanda, mas cuando las condiciones de traslado, cotizaciones y reconocimiento de prestaciones, se encuentran definidas en la Ley 100 de 1003, la que fue debidamente promulgada. Preciso que el formulario de vinculación, es un documento publico, que se presume autentico, el cual evidencia que la afiliación se realizó de manera libre, espontanea y sin presiones, mas si se tiene que no fue tachado o desconocido. Igualmente mencionó que para la calenda en que ocurrió la afiliación al RAIS, no se encontraba en la obligación de efectuar cálculos o proyecciones, al no contemplarlo la legislación.

Aseguró que aportó todas las pruebas, las cuales daban cuenta que el cambio de regimiento, se realizó de manera libre e informada, aunado a que la demandante efectuó otra vinculación a otra AFP, y que permaneció en el RAIS, por mas de 24 años, lo que a su juicio daban cuenta de la voluntad de la asegurada de permanecer en el mismo. Finalmente señaló que, la devolución de gastos de administración, es un concepto que también esta contemplado para RPM, que no forma parte de la pensión, por lo que se puede ver afectada por el fenómeno de la prescripción. Adujo que las comisiones y primas de seguros ya fueron trasladados a PROTECCION S.A., y que en caso de una posible condena, todos aquellos generado por indexación,, seguros y gastos de administración, debe ser compensado con las sumas generadas por rendimientos.

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por INES RODRIGUEZ RANGEL el día 1 de febrero de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 1 de febrero de 1996 con fecha de efectividad del 1 de marzo de 1996 (fl 164 del archivo 01 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de

1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndolo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.**

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9-** Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10-** Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo, e historia laboral. **AFP PORVENIR S.A.:** Certificado de existencia y representación legal, historial de vinculaciones, formularios de afiliación a COLPATRIA S.A y HORIZONTE S.A., y comunicados de prensa. **AFP PROTECCIÓN S.A.:** formulario de afiliación, historial de vinculaciones, comunicados de prensa, concepto emitido por la Superfinanciera, historia laboral, reporte estado de cuenta, respuesta a petición, políticas para asesorar a personas naturales,

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que los fondos demandados, hayan suministrado la suficiente información brindada el día 1 de febrero de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada;

encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 1 de febrero de 1996 , la demandante tenía 119,43 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES- folio 237, archivo 1 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 9 de febrero de 1964 fl 66 del archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el 28 de agosto de 2018 , fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PROTECCION S.A. que obra en los fls 67 del archivo 01 del expediente digital, la demandante había cotizado 1.659.57); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, a diferencia de lo indicado por el apelante, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la

carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 1 de febrero de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*“(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata,*

*como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*”

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)*

*(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

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

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y,***

**además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.**

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

Ahora, se halla razón al *A quo* al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.*** (Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de

seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente CONFIRMAR la condena impartida en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a su entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora INES RODRIGUEZ RANGEL del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 1 de febrero de 1996.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

#### **COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.**

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el

actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo.

Sin embargo en el asunto bajo estudio, *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* las costas deben fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones, y en esa medida se revocara parcialmente el numeral quinto de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo UNICAMENTE de PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora, suma que se incluiría en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral quinto de la sentencia proferida el 14 de julio de 2022, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **CONDENAR** en costas de la primera instancia, también a PROTECCION S.A, conforme se expuso.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada, PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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

Los magistrados,



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



Aclaro voto  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**Enlace visualización expediente digital: [14-2019-00479-01](#)**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Inés Rodríguez Rangel  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**014-2019-00479-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

**Firmado Por:**  
**Luz Patricia Quintero Calle**  
**Magistrada**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **db71b6b9fe3e06137de15f83b6893b6edd7f828819b4f36ad79a38269435958a**

Documento generado en 16/01/2023 09:02:59 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 17-2020-00395-01**

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

DEMANDANTE: **VICTOR JULIO BOLAÑOS SALCEDO**  
DEMANDADO: **COLPENSIONES  
PORVENIR S.A.**  
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA  
(PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES) // CONSULTA  
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de junio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 16 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## **ANTECEDENTES**

El señor VICTOR JULIO BOLAÑOS SALCEDO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### **PRETENSIONES DECLARATIVAS**

1. Que se **DECLARE** que la AFP PORVENIR S.A., incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.
2. Que se **DECLARE** la INEFICACIA de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a través de la A.F.P PORVENIR.

### **PRETENSIONES CONDENATORIAS**

1. Que se **CONDENE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a activar la afiliación en el régimen que administra, y a recibir la totalidad de los aportes a pensión del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales.
2. Que se **CONDENE** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, a trasladar al RPM la totalidad del capital depositado en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento.
3. Que se **CONDENE** a la pasiva en costas y agencias de derecho.

## **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

**COLPENSIONES**, contesto demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, entre otras (fl. 94 a 118 del archivo 1 del expediente digital), En igual sentido se pronunció **PORVENIR S.A.** (fl. 153-181 del archivo 01 del expediente digital)

Mediante proveído del 14 de febrero de 2022 (folio 280), el Juzgado de origen tuvo por contestada la demanda, por parte de las entidades convocadas a juicio.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 15 de junio de 2022, decidió:

**“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de causales de nulidad, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO** efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por el señor **VICTOR JULIO BOLAÑOS SALCEDO** identificado con la C.C. 11.430.007, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, administrado por **PORVENIR S.A.**, fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, según lo analizado.

**TERCERO: DECLARAR** que el demandante señor **BOLAÑOS SALCEDO**, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar nuevamente su traslado o vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones ya señaladas.

**CUARTO: ORDENAR** a la administradora de fondos de pensiones **PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, sumas de seguros previsionales, todo lo anterior, con sus frutos, rendimientos e intereses, ordenándose además a **PORVENIR S.A.**, trasladar también los gastos de administración que en su momento descontó de los dineros del demandante, valores que deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio.

**QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe la demandada PORVENIR S.A., a favor del actor y convalidarlos en su historia laboral.

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a las demandadas. Se dispone que, en firme esta sentencia, por Secretaría se practique la liquidación correspondiente, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte.

**SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA** de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, los cuales argumentaron, así:

### **COLPENSIONES**

Manifestó su inconformidad solo frente a la condena impartida por costas procesales, enunciando que presento oposición a las pretensiones ya que el actor se encontraba en la prohibición legal de trasladarse de régimen pensional

### **PORVENIR S.A.**

Solicito la revocatoria de la sentencia emitida por el Juez de Conocimiento, bajo el argumento que las características y condiciones para acceder al reconocimiento de las prestaciones, están expresamente reguladas en la ley la cual son de público conocimiento, por lo que a su juicio se debió aplicar la presunción legal que cumplió con la obligación de haber impartido la información correspondiente, más cuando el contrato de afiliación, tan solo es un acuerdo para la administración de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual. Por otra parte enunció que, no había lugar al pago de sumas adicionales, ya que los seguros se contrataron con un tercero, de buena fe, para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, con ocasión a la vinculación al régimen, además que de acceder a ello

conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa, ya que también descuentos se habrían generado también en el Régimen de Prima Media.

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por VICTOR JULIO BOLAÑOS SALCEDO el día 14 de diciembre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 14 de diciembre de 1998 (fl 30 del archivo 01 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la

sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de**

2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos

financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

**9-** Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

**10-** Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo, e historia laboral. **AFP PORVENIR S.A.:** Certificado de existencia y representación legal, historial de vinculaciones, formularios de afiliación a PORVENIR S.A., comunicados de prensa, concepto emitido por la Superfinanciera, certificado de afiliación, historia laboral consolidada e información para expedición de bono pensional.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que los fondos demandados, hayan suministrado la suficiente información brindada el día 14 de diciembre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 14 de diciembre de 1998, el demandante tenía 869,42 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES- folio 146, archivo 1 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 9 de junio de 1960 fl 18 del archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 14 de diciembre de 2020, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PROVENIR S.A. que obra en los fls 247 del archivo 01 del expediente digital, la demandante había cotizado 1.994); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, a diferencia de lo indicado por el apelante, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debió ser la administradora que acredite la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan*

*intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*“(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)”*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...).”*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”*

*(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

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

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de***

***pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Ahora, se halla razón al *A quo* al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.*** (Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente **CONFIRMAR** la condena impartida en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a su entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor VICTOR JULIO BOLAÑOS SALCEDO del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 14 de diciembre de 1998.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

### **COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.**

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo.

Sin embargo en el asunto bajo estudio, *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* las costas deben fijarse únicamente a cargo del fondo de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones, y en esa medida se revocara parcialmente el numeral quinto de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo UNICAMENTE de PORVENIR S.A.

### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora, suma que se incluiría en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral sexto de la sentencia proferida el 15 de junio de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **CONDENAR** en costas de la

primera instancia, únicamente a PORVENIR S.A., conforme se expuso.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada, PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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

Los magistrados,



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



Aclaro voto

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Víctor Julio Bolaños Salcedo  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**017-2020-00395-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

**Firmado Por:**  
**Luz Patricia Quintero Calle**  
**Magistrada**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **cff4fedb4fa06831a287cd0ab6093fa07eb4bbee242f2ce77004400f26a88211**

Documento generado en 16/01/2023 09:02:58 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**