



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

PROCESO ORDINARIO No. 15-2020-00049-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA YANETH CASTIBLANCO CONTRERAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de febrero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante quien solicitó se confirme la decisión de primera instancia.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA YANETH CASTIBLANCO CONTRERAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de su afiliación o traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A. por existir un vicio en el consentimiento. Como consecuencia, se ordene a la



AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración; ordenar a COLPENSIONES recibir las sumas que le sean trasladadas; que se declare que su afiliación en el RPMPD se dio sin solución de continuidad, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 04 a 05).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de abril de 1960, por lo que a la presentación de la demanda contaba con más de 59 años de edad; que el 22 de mayo de 1979 inició el pago de aportes pensionales hasta el 31 de octubre de 1998 en el ISS hoy Colpensiones; que alcanzó a cotizar en Colpensiones 439.29 semanas; que a partir del 03 de agosto de 1983 realizó aportes a la Caja Nacional de Previsión -Cajanal- por cuenta de su empleador INPEC hasta el 02 de noviembre de 1989 alcanzando a cotizar 326.14 semanas; que en octubre de 1998 se registró el traslado del actor al RAIS; que la AFP PROTECCIÓN S.A. omitió realizar la doble asesoría para que la actora pudiera tomar la mejor decisión frente a los beneficios de cada régimen y las desventajas del mismo, es decir, no obtuvo asesoría, ya que no se le comunicó su situación real, ni tampoco se le advirtieron los riesgos de su traslado; que tampoco se le informó sobre el uso del retractor; que acreditó un total de 1389.14 semanas; que la promotora del litigio se abstuvo de recibir el presunto reconocimiento de la pensión de vejez por garantía de pensión mínima temporal, que solicitó la anulación de su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 02 a 04).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 5, 9 y 15; manifestó no constarle el 2, 3, 4, 22 y 23; dijo que el 20 no era un hecho y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de



causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General De Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica. (fls. 51 a 64).

Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 21 y 22; dijo que el 20 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 108 a 111 y 123 a 126 subsanación).

Finalmente, la **Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos dijo que el 20 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe y la genérica. (fls. 147 a 152).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación del traslado efectuado por la señora demandante **MARÍA YANETH CASTIBLANCO CONTRERAS** del régimen de ahorro individual a través de la ADMINISTRADORA DAVIVIR el día 23 de octubre del año 1998 hoy representada por PROTECCION y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR a** dicho fondo **PROTECCION** traslade los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante a la administradora de régimen de prima media esto es, los aportes, los rendimientos de dichos aportes, el bono pensional que obra en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos de este bono pensional, **ORDENAR** entonces también a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que reciba dichos recursos, los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media de la señora demandante teniendo en cuenta para todos los efectos



como si nunca se hubiese trasladado al régimen de ahorro individual dada la consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que mediante un trámite administrativo interno entonces traslade los recursos correspondientes al bono pensional reconocido en el régimen de ahorro individual a favor de la señora demandante junto con sus rendimientos o los regrese o devuelva a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** dado que ha perdido su razón de ser, su reconocimiento como se expuso en la parte motiva.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: Si la presente providencia no fuera impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES y la orden que se le da de recibir a la afiliada, se remitirán las diligencias al superior para que la revise En el grado jurisdiccional de consulta.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio jurisprudencial de la CSJ en cuanto a que se debe declarar la ineficacia del traslado ante la falta de información; que la carga probatoria esta en cabeza del fondo de pensiones; que no opera el fenómeno prescriptivo; que no es suficiente con el formulario para probar que se brindó la información necesaria al momento del traslado; que en este caso se presentó un error de hecho que vició el consentimiento; que el valor del bono pensional depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante debe trasladarse a Colpensiones y que Colpensiones debe realizar los trámites administrativos internos para devolverlo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que se aparta del criterio de la CSJ en el que indica que al declararse la ineficacia del traslado se debe ordenar la devolución de las sumas descontadas a título de gastos de administración.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que no se puede acceder a la pretensión de declarar la ineficacia del traslado teniendo en cuenta que se pudo establecer que la demandante sí tenía información al momento del traslado. Que en este caso ya fue redimido el bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo que de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJ SL373-2021 esto es considerado como actos no posibles de



retrotraer, lo cual no puede pasarse por alto al declararse la ineficacia del traslado, Que el interrogatorio de parte no puede ser tenido en cuenta ya que una decisión libre y voluntaria que no cumplió sus expectativas no genera que salgan adelante las pretensiones. Que la Corte ya ha indicado que se debe ordenar la devolución de los gastos de administración.

Por su parte, la **Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público** impugnó la decisión argumentando que se encuentra inconforme con el mecanismo que ordena el Juez para devolver el valor del bono pensional consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues impone una carga administrativa a Colpensiones y hace una triangulación para la devolución. Que para la devolución del valor del bono pensional que reposa en la cuenta de ahorro individual en los casos de declaratoria de ineficacia de traslado debe ser devuelto directamente por el fondo de pensiones que lo recibió y que deberá indexarse de manera actualizado.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora **María Yaneth Castiblanco Contreras**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCION en el año 1998 (fl. 88) entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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



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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora María Yaneth Castiblanco Contreras, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la



demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

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

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



Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que en el año 1998 que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN sólo le manifestaron que el ISS se iba acabar y que sí no se trasladaba perdería sus aportes.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, ni pedir que se apliquen las sentencias C 1024-2004, SU 062-2010 y SU 130-2013, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

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

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

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



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

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

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

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

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



Adicionalmente, debe señalarse que conforme lo ha explicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 2298-2022 los valores de los bonos pensionales que ya se encuentren dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante deben ser trasladados a COLPENSIONES para contribuir con la financiación de las pensiones, por tanto, se equivocó el *A quo* al ordenar que Colpensiones una vez reciba dichos dineros lo devuelva al emisor, por lo que se revocara el numeral segundo, lo cual se estudia en consulta en favor de Colpensiones.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración** y que la AFP PROTECCION debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, durante la vigencia de la afiliación de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.



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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2018-00650-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MYRIAM DE LOURDES MARTÍNEZ CALVACHE

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería al Dr. DAVID RICARDO GUILLEN RODRÍGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1014.180.670 y tarjeta profesional No. 220.267 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, LA afp Colfondos y Protección y, del grado de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 09 de marzo del 2022.

ALEGACIONES



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

ANTECEDENTES

La señora MYRIAM DE LOURDES MARTÍNEZ CALVACHE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación realizada el 17 de enero de 1995 a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y su posterior afiliación a la AFP COLFONDOS en el 2014; que se declare que su traslado obedeció a un engaño, error y asalto en su buena fe; que se declare que su afiliación en el RPMPD permaneció incólume. Como consecuencia, se CONDENE a COLPENSIONES a inscribir sin solución de continuidad la afiliación de la demandante en el RPMPD y a la AFP PROTECCION y COLFONDOS que trasladen la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como los demás dineros aportados por la demandante durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS; sumas que deberán pagarse de manera indexada junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 64 a 65).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 10 de febrero de 1958; que se afilió por primera vez al RPMPD administrado por el ISS con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- con el nacimiento de los fondos privados iniciaron una agresiva publicidad por distintos medios de comunicación así como visitas personales a las empresas con el único fin de trasladar a los afiliados del fondo privado al RAIS; que en enero de 1995 prestaba sus servicios para la empresa ASIC LTDA; que los asesores comerciales de la AFP PORTECCIÓN en enero de 1995 se trasladaron a su lugar de trabajo y realizaron reuniones colectivas y personales promoviendo el traslado de trabajadores de esa empresa; que para el 01 de abril de 1994 contaba con más de 750 semanas; que el 17 de enero de 1995 sin recibir la información transparente y adecuada firmó el formulario de afiliación; que en



ningún momento le informaron los riesgos de trasladarse al RAIS; ni que su pensión sería inferior en el RAIS; ni le brindaron la información suficiente y necesaria; que su decisión de trasladarse jamás fue espontánea, voluntaria y libre por cuanto se le ocultó información, por lo que tomó su decisión bajo engaño, con vicios del consentimiento, cautivada por las supuestas bondades del sistema que le ofrecieron y con el consentimiento inducido en error de que lo mejor para él resultaba ser el Régimen de Ahorro Individual; que solicitó la nulidad de su traslado ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable. (fls. 65 a 68).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2 y 3; negó el 9; dijo ser parcialmente el 23 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la genérica. (fls. 91 a 113).

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 7, 8 y 24; manifestó no constarle el 2, 6 y 9 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General De Pensiones, traslado de la totalidad de los aportes a COLFONDOS y la genérica. (fls. 172 a 192).

Finalmente, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, manifestó que no se oponía a las pretensiones a excepción de la condena en costas. (fl. 224).



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MYRIAM DE LOURDES MARTÍNEZ CALVACHE con C.C. No. 21.070.304, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 17 de enero de 1995. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

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

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

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

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

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

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCIÓN fíjese como agencias en derecho cada una en la suma de \$2.000.000. Se absuelve por este concepto a las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones.



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

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. Que la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado. Que ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. Que que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional. Que la AFP ING (ahora PROTECCIÓN S.A) incumple el deber que



le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal. Que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia. Ordena el traslado de aportes, rendimientos y sumas descontadas a título de gastos de administración. Que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia solicitando se revoque y se absuelva de las pretensiones teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de su derecho de traslado pensional consagrado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 sin que se haya ejercido alguna presión o coacción, en su lugar, su decisión de afiliarse a ING en 1995 fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria. Que al momento de su afiliación la demandante se encontraba frente a una mera expectativa la cual no le constituía derecho. Que al momento de afiliarse la demandante tuvo la posibilidad de ampliar o solicitar la información respecto a su derecho pensional o solicitar una comparación del mismo entre el régimen de ahorro individual con solidaridad y el RPMPD, más aún cuando la demandante posteriormente realizó un traslado de régimen sin que se evidencie que durante su afiliación haya realizado alguna actuación



o acción tendiente a la ampliación de su conocimiento frente a su derecho pensional o respecto a las condiciones o características del régimen en el cual se encontraban vinculados. Que con la ley 797 del 2003 se brindó la posibilidad de retornar al RPMPD a quienes sintieran alguna vulneración de sus derechos y se evidencia que la demandante continuo afiliada al RAIS y solo como ya se manifestó hasta el año 2018 cuando ya contaba con 60 años y se encontraba dentro de la prohibición regulada en el artículo 2° de la ley 797 del 2003 solicitó el retorno al RPMPD cuando ya esto no era posible, pues ya que contaba con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional. Que conforme lo establece el Decreto 2241 del 2013 la demandante no solo tenía derecho sino también el deber y obligación como afiliada de solicitar ampliación de la información respecto a su derecho pensional y simplemente la demandante guardo silencio lo cual se toma como una aceptación tácita de las condiciones y características del RAIS. Que su afiliación es totalmente válida y no se encuentra viciada por ningún vicio del consentimiento y se encontraría saneada de haber existido alguna falta de información en su afiliación primigenia. Que la afiliada tuvo la posibilidad de acercarse y de conocer las condiciones de su régimen pensional y de las características con los extractos y la información que recibía de las distintas administradoras o fondos de pensiones en consecuencia se encuentra ratificada la voluntad de la demandante de mantenerse en el RAIS conforme lo establece el art 1754 del CC

Por su parte, **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** impugnó la decisión respecto a la condena por traslado de gastos de administración y comisiones y su indexación, argumentando que esos gastos que fueron descontados, son gastos plenamente autorizados por la ley, y de ellos Colfondos recibe la compensación económica por su gestión de administración, la cual tiene como consecuencia la generación de rendimientos financieros y la capitalización de esa cuenta pensional que de haber estado la demandante en el RPMPD no se hubiera generado, y por otra parte, de esos gastos de administración se descuenta un % para el pago de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, que así mismo, han permitido que durante el tiempo de afiliación a Colfondos la



demandante haya tenido la cobertura frente a tales siniestros. Que esas actuaciones que ha desplegado Colfondos han estado estrictamente ceñidas a lo dispuesto en la ley y se ha dado cumplimiento a esas obligaciones legales que como administradora de pensiones a la cual se encuentra válidamente afiliada la demandante le corresponde a Colfondos. Que no considera que resulte ajustado a derecho ordenar la devolución de dichos gastos de administración y las comisiones de seguro previsional, pues solo hasta el fallo de instancia es que se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, y el hecho que se ordene retornar las cosas a su estado original, y como consecuencia de ello, Colfondos deba trasladar al RPMPD los saldos de la cuenta pensional de la demandante junto con los rendimientos financieros, no implica dicha situación que las actuaciones que ha desplegado Colfondos deban quedar sin efecto reiterando el hecho de que no haya ocurrido los siniestros frente a los cuales tienen contratación los seguros previsionales estos deban ser restituidos al RPMPD. Maxime cuando esas comisiones de seguro previsional ya fueron giradas y pagadas oportunamente a las aseguradoras contratadas o sumas de dinero que ya no se encuentran en el patrimonio de Colfondos, y si bien es cierto, como lo indica la señora juez en el fallo de instancia dichas sumas de dinero deben ser asumidas con cargo al patrimonio de Colfondos, dicha condena resulta una sanción demasiado alta para Colfondos que únicamente ha actuado conforme a la ley y a las disposiciones legales que lo rigen. Así mismo, hay que tener en cuenta que en el RPMPD en la cotización mensual a pensión también hay un descuento a título de gastos de administración y que en el RPMPD dichos gastos de administración tienen una destinación específica como lo es financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia de forma que el hecho que no se trasladaran dichos gastos de administración en forma alguna implicaría un enriquecimiento injustificado o un detrimento patrimonial en Colpensiones, en la medida que reitero no se va a financiar la eventual pensión de vejez que le corresponde al accionante. Que si se considera que hay lugar a confirmar la codena solicita se revoque la indexación sobre dichas sumas, porque no existe un fundamento legal que justifique esa indexación, y en segunda medida, porque si lo que pretende la señora Juez es garantizar el principio de sostenibilidad financiera ese principio está garantizado con la condena que



se impone a Colfondos de restituir no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual sino los rendimientos y frutos financieros causados durante el tiempo de vinculación a Colfondos con lo que se garantiza la sostenibilidad financiera.

Finalmente, la **AFP PORVENIR** impugnó la decisión señalando que la comisión de administración y las primas de seguros previsionales son descuentos autorizados en la ley 100 de 1993 en su art. 20 modificado por el art 7 de la ley 797 del 2003, el cual faculta a las AFP para realizar deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados del sistema general de pensiones. Que el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir gastos de administración y cubrir los gastos previsionales y opera en los dos regímenes. Que se puede validar la buena administración de los recursos durante el período de afiliación. Que con esta condena que ordena la devolución de los gastos de administración más los rendimientos financieros se estaría constituyendo en un enriquecimiento ilícito sin causa en favor de Colpensiones al recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar una pensión de vejez y además ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante fruto de la buena gestión de la administradora. Que la superintendencia financiera de Colombia ha indicado que cuando se den procesos de ineficacia y de traslado se debe dar cumplimiento al artículo 7° del decreto 3995 del 2008 que indica que se deben trasladar la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, pero solicita se respeten los gastos de administración por la buena gestión de la administradora. Que no se pidieron perjuicios contra protección. Que se considera excesivo el numeral quinto que nunca se le informó que se iba a condenar a perjuicios ni que la carga de la prueba le correspondía. Que si se debe aplicar el fenómeno prescriptivo al haber transcurrido más de 3 años. Que en cuanto a la tarifa de agencias en derecho considera que es una suma excesiva y solicita se condene en el valor mínimo.

CONSIDERACIONES



A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora **Myriam de Lourdes Martínez Calvache**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION en el año 1995 (fl. 198) y, posteriormente a la AFP COLFONDOS en el año 2014 (fl. 201); entidad ésta última en la que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

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



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

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

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

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



En ese orden, concluyó que:

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

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

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

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



no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que el ISS se iba acabar y que al trasladarse recibiría una mesada superior.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, ni pedir que se apliquen las sentencias C 1024-2004, SU 062-2010 y SU 130-2013, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De otra parte, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RAIS en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información,



siendo también deber de la administradora del RAIS haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió; no siendo de recibo deprecar de tal omisión de la AFP una ratificación de la afiliación de la demandante por el paso del tiempo, ya que se itera, era deber de la AFP el suministro de toda la información referente al traslado de régimen y no se probó tal acción ni el acto del traslado, como tampoco durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a Protección S.A.

Siendo necesario precisar que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información y además, que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PROTECCION ni con el transcurso del tiempo, ni con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

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

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



68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

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

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



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

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, tal y como lo dijo la falladora de primera instancia COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **confirmará** la sentencia recurrida en este aspecto. Siendo claro que el A quo en ningún momento impartió una condena por perjuicios.

Finalmente, en cuanto al dicho del apoderado de la demandada PROTECCION en el que indica que no está de acuerdo con que se haya fijado la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho, se le recuerda que este no es el momento procesal oportuno para atacar dicho punto, como quiera que de conformidad con numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso, el monto de las agencias en derecho solo puede controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Sin costas en esta instancia.



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

RESUELVE:

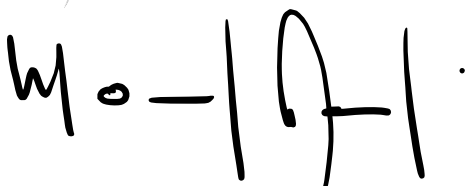
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2020-00122-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ STELLA NIÑO GUERRA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, la AFP Colfondos, Porvenir y Protección y, del grado de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de abril del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LUZ STELLA NIÑO GUERRA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por COLFONDOS en noviembre de 1996 ante la omisión del fondo en su deber de brindar información de manera clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales junto con todos los rendimientos que se hubieren causado; condenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. Como pretensión subsidiaria solicita se declare la ineficacia del traslado. (fls. 3 a 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde octubre de 1977 a octubre de 1996; que en noviembre de 1996 se trasladó al RAIS a través de la administradora COLFONDOS; que al momento del traslado no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; que solicitó su traslado a COLPENSIONES sin obtener una respuesta favorable. (fls. 1 a 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1 y 15 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 002. Contestación demandada Porvenir FL137).

Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de



los hechos aceptó el 1, 2, 13, 14 y 15 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (Archivo 003. Contestada demandada Colpensiones ESCRITURA PUBLICA FL 3).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle el 1, 2, 13, 14 y 15 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica. (Archivo 005. Contestación Colfondos FL 105).

Finalmente, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General De Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento al caso concreto y la genérica. (Archivo 009. CONTESTACION PROTECCION FL44).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora LUZ STELLA NIÑO GUERRA identificada con C.C. No 41.792.125 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS el 15 de octubre de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora LUZ STELLA NIÑO GUERRA al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ STELLA NIÑO GUERRA tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a estas, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora LUZ STELLA NIÑO GUERRA al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES al reconocer y pagar a la señora LUZ STELLA NIÑO GUERRA la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de noviembre de 2020 en cuantía de **\$1.822.038,72**, al igual que el retroactivo que se genere deberá indexarse al momento de su pago, como también habrá de efectuarse los descuentos por concepto de aportes a salud; según lo expuesto en este proveído.

SEPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

OCTAVO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

NOVENO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior



*de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.***”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el presente caso debe abordarse desde la ineficacia y no desde la nulidad como se pretendió en la demanda, conforme el criterio de la CSJ. que no se probó que la accionante haya recibido la asesoría suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLFONDOS estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otras situaciones. Que la carga probatoria correspondía a COLFONDOS pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la actora al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario el cual, sea de paso advertir no se aportó, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz; que si bien la demandante se trasladó posteriormente a HORIZONTE, SANTANDER y PORVENIR, éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó COLFONDOS, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras. En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que PORVENIR S.A., que es la administradora en la que se encuentra en la actualidad, se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292. Que la demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez a partir del 31 de octubre del 2020 en cuantía inicial de \$1'822.038,72. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN



La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia solicitando se revoque la decisión de condenar a dicha entidad al reconocimiento de una pensión de vejez en virtud de que los actos jurídicos que se llevaron a cabo son posteriores al reconocimiento de la pensión, situación que le impedía a Colpensiones asumir una obligación pensional de la cual no tenía conocimiento y la cual antes de la sentencia de primera instancia se encontraba en cabeza de la AFP en donde se encontraba válidamente afiliada. De otro lado, solicita revocar la condena en virtud de que en este caso se han presentado circunstancias particulares como los actos de relacionamiento los que conllevan a presumir y a conocer la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS situación que se configuro con 5 trasladados dentro del RAIS, es así como también dentro del Interrogatorio de Parte se pudo establecer que la afiliada tenía conocimientos básicos acerca del RAIS como es la rentabilidad y que la misma suscribió los 5 traslados de manera libre y voluntaria preservándose así la autonomía de la voluntad que no es otra cosa que lo preceptuado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que es el derecho con el que cuentan los afiliados a escoger un régimen pensional más aún cuando tránsito por 5 aseguradoras de pensiones suscribiendo sus formularios en los cuales manifestaba su voluntad de permanecer en el RAIS. Solicita se revoque la condena en cuanto a las costas procesales en virtud a que la actividad de Colpensiones surge estrictamente de la aplicación de la constitución y la ley y el precedente jurisprudencial que le lleva a conceder o a ordenar prestaciones ajustadas a derecho, por lo cual se estudió el caso de la hoy demandante encontrado que no cumplía con el requisito de la edad para acceder al traslado pensional de otro lado solicito tener en cuenta en cuanto a la revocatoria de costas el artículo 365 del CGP aplicable al procedimiento laboral en el cual se faculta al juez a condenar a la parte vencida teniendo en consideración la conducta asumida por esta la cual es una norma de carácter procesal y de diligencia inmediata situación que se ha manifestado en el desplegar administrativo de Colpensiones en el cual simplemente se dio respuesta con la sujeción de la legislación laboral y seguridad social que le corresponde a este caso en concreto



La **AFP PORVENIR** impugnó la decisión solicitando se revoquen las condenas que se le impusieron en el entendido que no debió declararse por parte del despacho de primera instancia la ineficacia de la afiliación de la actora si tenemos en cuenta que dicha entidad no fue la que realizó el traslado de régimen pensional y en el mismo sentido no debería verse obligada a asumir cargas que no le fueran exigidas de acuerdo a la normatividad legal que se encontraba vigente para el momento de la afiliación de la demandante. Que además realizó traslado en 2 ocasiones en el 2005 con horizonte y en el 2007 con porvenir. Que solicita tener en consideración que la demandante si tiene un conocimiento claro en relación a las características del RAIS acerca de su funcionamiento y de los beneficios que este le pudiera proporcionar toda vez que ha estado afiliada al RAIS desde 1996 y en ese sentido ha efectuado varios traslados entre administradoras del mismo régimen ratificando en todo momento su vocación de permanencia y sus condiciones. Que su inconformidad es meramente aritmética y relacionada con el valor de su mesada pensional situación que no es procedente para que se declare la ineficacia del traslado y además para que se le exigiera el cumplimiento de una normatividad que no estaba vigente para la época de la afiliación de la demandante y que además no cuenta con el carácter retroactivo. Solicita en caso de confirmarse la ineficacia que se analicen las consecuencias jurídicas que se deben derivar de dicha declaratoria y en ese orden de ideas solo debería verse obligada a devolver los rendimientos y los aportes o aportes voluntarios de ser el caso, pero se obliga a devolver sumas de las aseguradoras los cuales fueron pagados en debida forma a la aseguradora para cubrir esta contingencia durante todo el tiempo de vinculación que la demandante ha tenido en porvenir. Que es improcedente que se ordene la devolución de los gastos de administración, pues dichos rubros fueron pagados en debida forma a la aseguradora para cubrir estas contingencias durante todo el tiempo de vinculación que la demandante ha tenido en porvenir. Que tampoco es procedente que se ordene la devolución de los gastos de administración y mucho menos que esta devolución se haga de manera indexada toda vez que la devolución de los gastos de administración en si no debe ser devuelto a Colpensiones por cuanto dicho descuento fue autorizado por la ley 100 de 1993 y son sus rubros los que generan una



buena gestión y una buena administración en cabeza de la administradora de pensiones de los recursos que son aportados por la parte demandante, así las cosas, es claro que la actora tiene conocimiento incluso de estos rendimientos financieros que se han generado a partir de la buena gestión de administración de porvenir y que además se verifican con las documentales que son aportados con la contestación de la demanda. Que resulta improcedente que dichos traslados se hagan de manera indexada en el entendido que dicha entidad también se le esta ordenando la devolución de los rendimientos financieros y se generaría un doble pago hacia Colpensiones toda vez que los rendimientos financieros son los que garantizan que el dinero no pierda valor adquisitivo a lo largo del tiempo. Que queda demostrado que no sería procedente en cabeza de esa administradora retornar dichas sumas. Que se debió dar aplicación a la prescripción formulada en la contestación de la demanda conforme los art 488 del C. S. del T. y artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S. sobre todo sobre los gastos de administración frente a los cuales desde ya se advierte no están destinados a financiar las mesadas pensionales de la demandante que le pudieren llegar a ser reconocidas en uno u otro régimen. En cuanto a la condena en costas solicita que sea revocada toda vez que como quedó demostrado lo único que ha hecho es ejercer su derecho de contradicción y defensa conforme los parámetros expuestos en la ley.

Por su parte, **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** impugnó la decisión frente a la condena impuesta por gastos de administración debidamente indexados como quiera que teniendo en cuenta la buena gestión de su representada se lograron unos rendimientos sobre los aportes realizados por la demandante, por lo que no se evidencia ningún perjuicio. Que en los casos en que se declara una nulidad o ineficacia deben trasladarse los aportes y los rendimientos; que estos últimos se equiparan a las sumas descontadas por gastos de administración; que las sumas descontadas por gastos de administración no los tiene dicha entidad por cuanto estos se utilizan para adquirir los seguros previsionales y se traslada un porcentaje al fondo de solidaridad; que estaríamos frente a un enriquecimiento sin justa causa; que la orden de devolver los gastos de manera indexada se tornaría como una condena por perjuicios, lo cual no



fue discutido dentro del presente asunto; que no se allega ninguna prueba de que se generó un daño o un perjuicio a los aportes pensionales de la demandante; que al hacer una ponderación entre los rendimientos y los gastos de administración los primeros son mucho mayores por lo que no se debe imponer una condena que siempre ha actuado de buena fe conforme a la normativa vigente.

Finalmente, la **AFP Protección** impugnó la decisión en cuanto a la condena a devolver los gastos de administración, señaló que se debe tener en cuenta que el descuento de la cuenta de ahorro individual de la demandante se hizo con base en una norma vigente y no por capricho de dicha entidad; que los rendimientos fueron trasladados a porvenir y que se generaron producto de la buena gestión de la entidad y que entonces tocaría trasladar los aportes pero sin los rendimientos generados; que al declararse la nulidad o ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que no se deben trasladar los rendimientos, porque estos no se generan en el RPMPD; que la prima de seguro previsional ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro como de muerte o invalidez dicha aseguradora pagara las pensiones por dichos conceptos; que la prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante la afiliación del demandante, por lo que esta imposibilitada para devolver dichas sumas a Colpensiones

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora **Luz Stella Niño Guerra**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS en el año 1996 (fl. 26 archivo 006. Contesta demandada protección FL 107) y, posteriormente a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCION en el año 2001 (fl. 28 archivo 006. Contesta demandada protección FL 107), a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR en el año 2005 (fl. 59 archivo 002. Contestación demandada porvenir FL 137) y a la AFP PORVENIR en el año 2007 (fl. 80 archivo 002.



Contestación demandada porvenir FL 137); entidad ésta última en la que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor de la afiliada**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información a la afiliada, para que se**



pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Luz Stella Niño Guerra, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Colfondos.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de



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

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

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

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



De igual forma, revisado el expediente se encuentra que en este caso COLFONDOS ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1996.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que el ISS se iba acabar y que tenía que trasladarse para poderse pensionar.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, ni pedir que se apliquen las sentencias C 1024-2004, SU 062-2010 y SU 130-2013, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De otra parte, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RAIS en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió; no siendo de recibo deprecar de tal omisión de la AFP una ratificación de la afiliación de la demandante por el paso del tiempo, ya que se itera, era deber de la AFP el suministro de toda la información referente al traslado de régimen y no se probó tal acción ni el acto del traslado, como tampoco durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a Colfondos S.A.

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



la falta de información por parte de la AFP COLFONDOS ni con el transcurso del tiempo, ni con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

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

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

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



68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

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

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



nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

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

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

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

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

Pensión de Vejez



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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-00782-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA INÉS ALVARADO PEÑA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de marzo del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



La señora GLORIA INÉS ALVARADO DE PEÑA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la ineficacia del traslado que efectuó el 09 de agosto de 1994 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. toda vez que no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de cada uno de los sistemas de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante. Como consecuencia se declare la ineficacia del traslado efectuado en el año 1999 a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir y en el año 2000 a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir; que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener a la demandante entre sus afiliados en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado; se ordene su traslado con la totalidad de los aportes realizados,, los rendimientos financieros, la actualización de su historia laboral y el bono pensional al que haya lugar; se ordene a Colpensiones que reconozca que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y le reconozca una pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 5 archivo 01Cuaderno1).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se trasladó del RPMPD al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Protección el 09 de agosto de 1994; que el asesor comercial no le brindó información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el RAIS; que no se le hizo un estudio de su situación particular; que únicamente se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional; que se trasladó a la AFP Colpatria en el año 1999; que se trasladó a la AFP Horizonte en el año 2000; que nació el 01 de agosto de 1949; que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones el 01 de abril de 1994 contaba con 35 años de edad y más de 15 años de cotización; que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez al fondo privado; que el 07 de mayo del 2003 la AFP Horizonte le reconoció una pensión de vejez en la modalidad de



retiro programado en cuantía inicial de \$843.408 a partir de junio del 2003; que cumplió los 55 años de edad el 01 de agosto del 2004; que cuenta con más de 750 semanas cotizadas al 22 de julio del 2005, exactamente 1109 semanas; que al realizar la simulación se evidencia que en el RPMPD le correspondería una mesada inicial de \$2'169.8978; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 6 a 7 archivo 01Cuaderno1).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **PROTECCION S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 5, 6, 7 y 14; negó el 2 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (fls. 102 a 120 archivo 01Cuaderno1)

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 4, 15, 16 y 17; negó el 14 y 18 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 163 a 187 archivo 01Cuaderno1)

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 6, 17 y 19 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó hecho de la víctima, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido,



prescripción y caducidad, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 253 a 267 archivo 01Cuaderno1).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el libelo demandatorio.

SEGUNDO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la parte demandante por resultar vencida en juicio. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000 a favor de cada una de las demandadas.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSULTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de la demandante”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la CSJ estableció que las pretensiones de la demanda deben estudiarse bajo la figura de la ineficacia del traslado. Que en estos casos se debe demostrar que la entidad garantizó una decisión libre e informada al momento del traslado. Señala que la Corte ha indicado que no es posible declarar la ineficacia del traslado de las personas que ya se encuentren pensionadas, pues ya tienen un hecho jurídico consolidado como es el status de pensionado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad el fallo proferido en primera instancia y se accedan a las pretensiones estudiando la validez de la afiliación de la demandante en el año 1994; se declare que las AFP Protección, Colpatria y Porvenir faltaron al deber de información consagrado en la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que se le dio a la demandante una información parcializada en la cual se enfocaron únicamente sobre los beneficios del RAIS, pero no se le indicaron cuales eran las desventajas de trasladarse ni mucho menos



cuales eran las ventajas de permanecer en el RPMPD; que consecuente con eso en el 2003 se le reconoció una pensión de vejez muy inferior a la que ella tenía derecho, todo esto para demostrar que la demandante tiene derecho a que se declare que existió una falta al deber de información y de esta forma se le habilite de alguna forma para solicitar el daño de los perjuicios causados al reconocerle una prestación inferior, violándole el derecho a los beneficios consagrados en la ley 100 entre ellos el régimen de transición. En esa medida teniendo en cuenta que a pesar de que en la sentencia del 2021 se limitó la posibilidad de que los pensionados pudieran regresar nuevamente al RPMPD, si dejó una posibilidad para estos mismos pensionados que tenían en curso un proceso y es que con la misma declaratoria de que si hubo una falta de información tal y como se demostró en el presente caso se debe establecer que la demandante si pudo haber regresado al RPMPD ya que el traslado del año 1994 fue ineficaz con la declaratoria de que el fondo privado faltó en ese deber de información establecido por la ley 100 de 1993 y se le habilite para cobrar los gastos y perjuicios en que incurrió por el traslado.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA INÉS ALVARADO DE PEÑA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP PROTECCIÓN en el año 1994 (fl. 70 archivo 01Cuaderno1) y posteriormente, a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR en el año 1999 (fl. 216 archivo 01Cuaderno1) y a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR en el año 2000 (fl. 124 archivo 01Cuaderno1); ésta última entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente.

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



en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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



De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por el Juez de primer grado y como bien lo indica la parte recurrente, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Gloria Inés Alvarado de Peña, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la AFP PROTECCION S.A., fondo al que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

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

No obstante lo anterior, en el presente, no fue objeto de reparo que la señora Gloria Inés Alvarado de Peña, ostenta la calidad de pensionada, prestación que le fuera concedida por parte de la demandada HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., tal y como se menciona desde la demanda y lo acepta la demandante al absolver el interrogatorio de parte.

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



múltiples y complejas situaciones que habría que revertir ante los efectos de dicha ineficacia, en pronunciamiento en mención indicó:

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

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

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

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

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

Conforme lo señalado en precedencia y atendiendo el carácter vinculante de la jurisprudencia proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, se tiene que si bien la AFP PROTECCION, conforme el caudal probatorio recaudado, no demostró que para la fecha de afiliación de la actora a esta, en el año 1994, (fl. 70 archivo 01Cuaderno1), había ilustrado a esta sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los

¹ SL1688-2019, SL3464-2019



regímenes pensionales, ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro; **no es posible** acceder a su pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado, ya que como se señaló, no fue objeto de reproche su calidad de pensionada, la que ostenta desde el año 2003.

Dicho estatus impide, se itera acceder a la pretensión principal con apego a reciente criterio jurisprudencial en cita, máxime cuando para el caso de la actora, ostenta la calidad de pensionada desde hace más de 14 años, circunstancia que determina que retrotraer los efectos de su afiliación al RAIS como lo pretende, traería consigo una cantidad considerable de consecuencias que resultan perjudiciales para el sistema pensional, ya que su afiliación, cumplió con su objetivo principal, como lo es el acceso a una de las prestaciones propias que concede este, la prestación por vejez, y por tanto, al accederse a la pretensión de ineficacia del traslado, el sistema pensional sufriría un detrimento patrimonial.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 04-2020-297-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GLORIA NANCY PÁEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandadas Colpensiones y Protección S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de febrero de 2012.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora NANCY PÁEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la existencia de multiafiliación que debe resolverse a favor de Colpensiones, por lo que se encuentra afiliada a dicha administradora a la que cotizó desde 1992 a 2014; como consecuencia de ello, peticiona se ordene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas depositadas en su CAI y a esta última a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

reactivar su afiliación y aceptar los aportes objeto de traslado, solicita se condene a Protección S.A., a pagar a su favor perjuicios morales; subsidiariamente peticiona se declara la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional por ella efectuado a Protección S.A., que siempre ha permanecido en el RPM y como consecuencia se ordene a esa AFP a trasladar a Colpensiones todos los dineros depositados en su CAI y a esta última a reactivar su afiliación. Como pretensiones segundas subsidiarias peticiona se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó al RAIS, con las mismas consecuencias de las declaratorias antes invocadas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 1 de septiembre de 1959, por lo que cuenta con 61 años de edad, que desde el año 1992 estuvo afiliada al RPM a través de la Caja de Previsión Social de Bogotá, luego al ISS a partir de 1996, que el 21 de octubre de 2002 y como consecuencia de no recibir una información completa, veraz, transparente, suficiente y oportuna, suscribió formulario de afiliación con Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A., que entre diciembre de 2002 a agosto de 2014, estuvo multivinculada al RPM y al RAIS, pues se continuaron haciendo aportes al ISS, que la AFP Protección en comunicación de julio de 2020, le informó que sí existió conflicto de multivinculación, que se resolvió a favor del RAIS, a través de comité respecto del cual no fue comunicada.

Que la AFP Protección S.A., nunca le brindó un comparativo de pensión en ambos regímenes, no le advirtió respecto de los riesgos que existían al trasladarse de régimen, que en el RAIS su mesada pensional podría ser inferior al RPM y que podría haber el riesgo de no pensionarse si el capital para el efecto resultaba insuficiente, que no le informaron la forma de financiamiento y cálculo de las prestaciones en dicho régimen, tampoco sobre el derecho de retractor.

Refiere por último que Protección realizó proyección pensional que en el RAIS arrojó que a los 61 años su mesada pensional sería de \$877.803, mientras



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que en el RPM sería de \$1.679.943, resultando claro que estar afiliada al RAIS le resulta desfavorable y que su consentimiento estuvo viciado a la hora de afiliarse al RAIS debido a la falta de información, indica que el 7 de octubre de 2020, solicitó a Colpensiones aceptar multiafiliación a favor de esa entidad, siendo negada la misma.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 2.1, 2.2., 2.4, 2.7, 2.24, 2.25, negó el 2.29 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó imposibilidad de declaratoria de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 8, 19, 20, 23, manifestó no constarle los No. 2 a 4, 24 y 25 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de Gloria Nancy Paez Piraban la Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías Protección., realizada en el año 2012, por los motivos expuestos. En consecuencia, declara que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a que una vez se efectuó el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CONDENAR en costas a Protección S.A.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que la sentencia SL 4314 de 2021, hacía una relación de la normatividad aplicable al caso, en cuanto a la afiliación al sistema y la escogencia de cada uno de los regímenes pensionales, que dicha aceptación implicaba la aceptación de las condiciones propias de cada uno de ellos, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía la escogencia de régimen pensional y el Decreto 692 de 1994 indicaba que para dicha selección, se debía permanecer en el régimen mínimo 3 años para luego trasladarse, indicando dicha normatividad los recursos a trasladar luego de un cambio de régimen, que la Ley 797 de 1993, había variado dicho término a 5 años a partir de la selección inicial y no podía trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad de derecho pensional, que la selección de alguno de los regímenes se daba con la suscripción del formulario de afiliación, momento que era distinto al de efectividad de la afiliación.

Que la efectividad de la afiliación, era el momento en el cual el afiliado quedaba con la cobertura de la entidad de seguridad social seleccionada conforme lo previsto en el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, afiliación que surtiría efectos a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de presentación de solicitud de afiliación, que el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 preveía que sino se daba cumplimiento a dichos términos se incurría en múltiple afiliación, siendo válida la última vinculación efectuada en los términos legales. Que para el momento en que la demandante se había trasladado al RAIS, debía haber tenido un mínimo de permanencia para la época de 3 años en el RPM, teniéndose que para 1996, se había afiliado al ISS, en octubre de 2002 suscribió formulario con Pensiones y Cesantías Santander y pese a ello, su empleador siguió cotizando al RPM sin que la actora haya hecho trámite de retorno a ese régimen, llevándose a cabo proceso de validación de pago de aportes y Protección había señalado a requerimiento judicial que sí había existido conflicto de afiliación que fue definido a favor de esa AFP al evidenciarse unos pagos a Colpensiones, los que habían sido devueltos a Protección por ser esta la AFP a la que estaba afiliada, concluyéndose que tal conflicto ya había sido resuelto por las entidades demandadas concluyéndose que la pretensión de multiafiliación, no estaba llamada a prosperar.

En cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, se había probado que la actora se había afiliado a Protección S.A., proveniente del ISS y en interrogatorio de parte esta manifestó no haber recibido ninguna asesoría por parte de dicho fondo y revisando el formulario, se evidenciaban únicamente los datos personales de la demandante, sin que se pudiera colegir que esta había recibido una información suficiente, veraz, completa respecto de las consecuencias del traslado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, no se evidenciaron proyecciones pensionales, no siendo posible contrastar cuál fue la información brindada a esta y al respecto la CSJ en posición jurisprudencial pacífica, había señalado que era deber documentar el suministro de dicha información, sin que se hubiera aportado prueba de cuál había sido la información brindada a la demandante, debiéndose declarar ineficaz dicha afiliación, lo que conllevaba a ordenar a Protección el retorno a Colpensiones de las cotizaciones, rendimientos y gastos de administración conforme los efectos de la figura de la ineficacia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Respecto de la prescripción señaló que la acción era imprescriptible por tener connotaciones de naturaleza pensional y respecto de los perjuicios reclamados, no había prueba de ellos.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que debía condenarse en costas a Colpensiones por cuanto al tenor de lo previsto en el artículo 365 del CPG, esta condena procedía a cargo de la parte vencida, aunado a lo cual, Colpensiones había realizado un papel activo dentro del trámite procesal oponiéndose a las pretensiones.

Protección S.A., indicó en su recurso que no era procedente devolver las cuotas de administración que eran descuentos autorizados legalmente, eran conceptos ya pagados y causados y la consecuencia de la ineficacia era que las cosas volvieran al estado anterior, no procediendo entonces la devolución de los rendimientos que se había generado producto de una buena gestión y administración de los aportes de la demandante. En cuanto al seguro previsional, este fue pagado a una aseguradora en caso de haberse presentado siniestro por invalidez y sobrevivencia, garantizando así la protección de la demandante contra dichas contingencias, aunado a que la aseguradora, era un tercero de buena fe.

Colpensiones recurrió señalando que no se había logrado demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento que llevara a concluir la ineficacia del traslado, ya que de las pruebas aportadas y del mismo interrogatorio absuelto por la actora, se evidenciaba que su traslado había sido libre y voluntario, tuvo la posibilidad de retornar al RPM y no lo hizo antes de incurrir en la prohibición legal, que afiliar de nuevo a la demandante a ese régimen, afectaba la sostenibilidad financiera ya que su pensión iba a ser financiada por otros afiliados que sí habían permanecido en este y la falta de información alegada, debió haber sido probada por la actora conforme los preceptos del artículo 167 del CGP y debía evaluarse los términos exigidos por la Ley en cuanto al deber de información a la fecha de traslado de la actora al RAIS.

CONSIDERACIONES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que la pretensión que salió avante, fue la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional que realizara la señora GLORIA NANCY PÁEZ, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la entonces Santander Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A., el 22 de octubre de 2002, el fuera aportado por la AFP en mención en expediente digital.

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

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

Es así como en casos como en el presente, contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; no siendo de resorte de la demandante probar un supuesto negativo como que la demandada incumplió con su deber de información, contrario



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

De las pruebas aportadas al expediente, como en efecto lo refirió la decisión de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Gloria Páez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, razón por la cual, la decisión de traslado, no puede considerarse libre y voluntaria

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

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

En ese orden, concluyó que:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORJA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

Conforme criterio jurisprudencial señalado, se tiene que contrario a lo indicado por Colpensiones, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados.

De igual forma, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora pensional del RAIS a la cual se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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

Por otra parte y en cuanto al argumento de la AFP recurrente referente al traslado de los gastos de administración y primas de seguro previsional, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara el juzgador de primer grado y así lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL3156 del 29 de junio de 2022, M.P. Iván Mauricio Lenis; oportunidad en que indicó:

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

Respecto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

Respecto de la condena en costas a cargo de Colpensiones, se tiene que como bien lo aduce la recurrente de la parte demandante, se reúnen los presupuestos para condenar por tal concepto a dicha entidad previstos en el artículo 365 del CGP, razón por la cual, se dispondrá **adicionar** el numeral QUINTO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que la condena en costas allí prevista, también procede a cargo de Colpensiones.

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

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral QUINTO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que la condena en costas allí prevista, también procede a cargo de Colpensiones.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04202000497-01 Dte: GLORIA NANCY PÁEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .



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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2021-00191-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ANA ESPERANZA BELTRÁN CRUZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 31 de marzo del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora ANA ESPERANZA BELTRÁN CRUZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. con fecha de efectividad septiembre de 1996 ante la omisión del fondo del deber de información. Como consecuencia se condene a PORVENIR a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado; se ordene a COLPENSIONES recibir como afiliada a la demandante, recibir los valores provenientes del RAIS y contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias solicita la ineficacia del traslado. (fls. 5 a 6 archivo 001. Demanda y Anexos y fls. 6 a 7 archivo 004. Subsananación demanda).).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde 1989 a septiembre de 1996; que se trasladó al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. desde octubre de 1996; que al momento del traslado no fue asesorada o informada por el fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre los regímenes pensionales los beneficios, riesgos, ventajas y desventajas y en general sobre las implicaciones de su traslado; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 3 a 5 archivo 001. Demanda y Anexos y fls. 4 a 6 archivo 004. Subsananación demanda).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 14 y 16; dijo que el 1 y 15 eran parcialmente ciertos y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (archivo 007. Contestación Colpensiones).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, no contestó la demanda dentro de la oportunidad procesal pertinente por lo que la falladora de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 20 de enero del 2022. (archivo 013. AUTO TIENE POR CONTESTADA COLPENSIONES Y NO CONTESTADA AFP – RECONOCE PERSONERÍA – FIJA FECHA AUDIENCIA)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante ANA ESPERANZA BELTRÁN CRUZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante ANA ESPERANZA BELTRÁN CRUZ, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.



TERCERO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000).”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio jurisprudencial de la CSJ; que la carga probatoria esta en cabeza del fondo de pensiones; que no basta con el formulario de afiliación; que la AFP no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado; que se deben devolver los aportes, rendimientos sin descontar ninguna suma por gastos de administración; que esta declaratoria es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que la demandante manifestó que si hubo una asesoría individual simplemente no recuerda muy bien las circunstancias en que se dio esa asesoría; que recuerda que le hablaron de algunos beneficios y en otras preguntas dice que no recuerda, lo cual no es óbice para decir que Porvenir no cumplió con su deber de información. Que el formulario no es un documento que porvenir se haya inventado sino que fue aprobado por las autoridades competentes y que porvenir no pudo plantear ni siquiera cual era el contenido del formulario de afiliación, pues era establecido por ley. Que con el formulario se señala que estaba conforme con realizar el traslado; que fue una manifestación libre y voluntaria y que reitera que ese documento se presume autentico presunción que no puede desconocerse por el Despacho,



pues esta se encuentra en el C. G. del P. Manifiesta que no hay una ley que disponga la inversión de la carga de la prueba, por tanto, bajo el principio de que quien afirma debe probar, era carga probatoria de la demandante probar que no se le había brindado la información correcta y que si se dice que la carga de la prueba era de Porvenir se cumplió con la carga de la prueba al aportar el formulario de afiliación el cual es un documento público que debe tener todo el valor probatorio. Que del Interrogatorio de Parte ni siquiera se puede desprender que no se le dio la información correcta porque la demandante ni siquiera se acuerda. Que la demandante tiene cargas y debe cumplir con su deber de informarse sobre el funcionamiento del sistema; que son leyes públicas y la misma constitución de Colombia le exige a todos los colombianos el conocimiento de las leyes, de manera que no se puede establecer en cabeza de Porvenir la obligación de enseñar a sus afiliados. Que es claro que tenía un deber de información y que es claro que se le informaron las condiciones del sistema de los diferentes regímenes pensionales tanto del RAIS como del RPMPD, pero no había otra obligación legal de hacerles proyecciones pensionales, porque en ese momento la ley no lo exigía simplemente se cumplía con su deber de manera verbal dándole la información, brindándole la asesoría y el único documento que quedaba como soporte era el formulario de afiliación. Que obligarla a algo diferente sería obligarla a lo imposible que no se puede hacer referencia a jurisprudencia y leyes de años posteriores para obligarla a algo que en el momento del traslado no tenía por qué realizar que la demandante afirma que no leyó o que no recuerda haber leído el formulario de afiliación, sin embargo, sí recuerda que dio los datos de su hijo para poder adquirir el beneficio del cual se le habló. Que la ineficacia procede cuando hay actos que impidan el derecho de afiliación y esos actos sean con dolo, con una intención de generar un daño. Que en este caso no se acreditó el dolo y lo que estaría acreditado es un error que no supone esa intención de causar un daño. Que lo único que podría caber es la nulidad del acto jurídico del traslado y frente a eso se permite reiterar que si está acreditado que hubo información por parte de Porvenir y que esa información no podía para esa fecha tener el alcance que pretende el Despacho porque sería obligar a Porvenir a lo imposible. Que no se acreditó que hubiera engañado a la demandante y que eso hubiere generado un error de hecho que no hay



ninguna prueba pero que si el Despacho considera que se configuró un error de hecho de la demandante al momento del traslado nos encontramos después de 20 años y la demandante manifiesta que se dio cuenta de su error hace poco y simplemente manifiesta es una inconformidad económica que no tiene ningún sustento legal porque no hay ninguna proyección pensional que establezca que su pensión será del mínimo, como lo afirma la demandante, ni hay una proyección que establezca que su pensión en el RPMPD sería mayor entonces lleva más de 20 años vinculada y aportando a Porvenir lo cual como ya lo señale es un acto de ratificación. Por tanto, si el Tribunal considera que llegó a existir un vicio del consentimiento esto estaría saneado y aparte como ya lo había señalado frente a la nulidad relativa opera la prescripción de 4 años y desde el momento en que se hizo el traslado hasta el momento de la presentación de la demanda van mucho más de 4 años, por lo que estaría más que prescrita la nulidad. Que debe entenderse que no se cumplen los requisitos para que se declare la nulidad que establece la ley 100 y por otro lado debe entenderse que hay una omisión de la demandante frente al derecho que tenia de trasladarse y regresar al RPMPD en los términos que lo exige la ley. Que incluso Porvenir en el año 2004 hizo una publicación en el diario el tiempo el cual es de carácter público donde se les informaba a todos los ciudadanos de Colombia que estaban en todo su derecho y en la posibilidad de retornar al RPMPD, por tanto, no es cierto que nunca se le informó, que nunca supo. Que llama la atención los estudios de la demandante porque es una persona tecnóloga en contabilidad y finanzas, por lo tanto, llama la atención que sea una persona que no conozca de la ley y sobre todo que no conozca de los regímenes pensionales. Que en el artículo 113 de la ley 100 se establecen que sumas se deben devolver cuando se realiza un cambio de régimen que solo se pueden trasladar los recursos que se dirigen a financiar el derecho pensional, los demás no se trasladan, porque no se afecta el derecho pensional desde ningún punto de vista. Que frente a los gastos de administración no se puede desconocer que durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante realizó una gestión de administración que fue exitosa y de buena fe y la prima del seguro tampoco porque la aseguradora cumplió con su deber; que la devolución de esas sumas generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones porque recibiría



unas sumas por una gestión que ella no realizó. Que el Despacho señala como fundamento que la corte ha señalado que al declararse la ineficacia o la nulidad todo debería volver a su estado anterior y si ello fuera si, entonces, no se deberían devolver los rendimientos. Que sobre los gastos de administración si opera el fenómeno prescriptivo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Ana Esperanza Beltrán Cruz, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1996. (fl. 82 archivo 01. Contestación demanda).

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

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



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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Ana Esperanza Beltrán Cruz, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

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



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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le



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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1996, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar y que sus aportes serían heredables, aunado a lo cual, la profesión de la demandante no conlleva a que conozca las características de los regímenes pensionales, ya que su profesión (tecnóloga en contabilidad y finanzas) no está relacionada con este ámbito de la seguridad social y el deber de información, se debe suministrar a **todos** los afiliados con independencia de su profesión u oficio.



No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento. Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no la demandante como lo refiere Porvenir en su recurso, por tanto, como la AFP PORVENIR no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

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

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

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



De otra parte, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RAIS en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió; no siendo de recibo deprecar de tal omisión de la AFP una ratificación de la afiliación de la demandante por el paso del tiempo, ya que se itera, era deber de la AFP el suministro de toda la información referente al traslado de régimen y no se probó tal acción ni el acto del traslado, como tampoco durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a Porvenir S.A.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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



nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

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

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto. Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes de la demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

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

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2021-00006-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: OLGA LUCÍA GONZÁLEZ BOLÍVAR
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 05 de abril del 2022.

ANTECEDENTES

La señora OLGA LUCÍA GONZÁLEZ BOLÍVAR por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de su afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 06 de mayo de 1997. Como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos al RPMPD administrado por Colpensiones; que se de ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada sin solución de continuidad, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 4 archivo 2021-006).



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 16 de octubre de 1965, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 55 años de edad; que realizó cotizaciones para pensión al extinto ISS desde el 15 de febrero de 1988 al 25 de febrero de 1997; que fue trasladada del RPMPD al RAIS mediante formulario de afiliación diligenciado el 06 de mayo de 1997 con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; que no fue informada de manera clara y por escrito del derecho a retractarse; que no se le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente, veraz y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS y compararlos con el RPMPD; que los asesores no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría; que actualmente se encuentra afiliada en COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; que no se encuentra pensionada por los riesgos de vejez o invalidez; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 4 a 6 archivo 2021-006).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 10 y 11 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica. (fls. 171 a 193 archivo 2021-006).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 4, 5, 6, 7, 12, 13, 14 y 16 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alegada, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del



consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica. (fls. 227 a 243 archivo 2021-006).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de causal de nulidad, prescripción e improcedencia de condena en costas propuestas por las demandadas, en la forma advertida en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora OLGA LUCÍA GONZÁLEZ BOLIVAR, identificada con C.C.: 51.808.261 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora GONZÁLEZ BOLÍVAR se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses y sin autorizar a Colfondos S.A. a mantener los gastos, que en su momento descontó, de los dineros de la demandante a título de gastos de administración, los cuales también serán de deberán ser devueltos a Colpensiones y asumidos por Colfondos de su propio patrimonio.



QUINTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de fondos que efectúe Colfondos a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese de la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de un millón de pesos m/cte. (\$1.000.000)

SÉPTIMO: ORDENAR la Consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES. Remítase el expediente al Superior una vez concluya la audiencia.” (fls. 438 a 439 archivo 2021-006)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la corte Suprema de Justicia; que la carga probatoria está en cabeza de la AFP; que la AFP no probó haber brindado la información suficiente; que no bastaba con el formulario de afiliación y que no opera la prescripción.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora OLGA LUCÍA GONZÁLEZ BOLÍVAR, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A. en el año 1997, como se verifica de la copia del mismo. (fl. 119 archivo 2021-006)

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



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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que le hubiera brindado a la señora Olga Lucía González Bolívar información alguna o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que Colfondos, faltó al deber de información pues



debió indicarle a la demandante en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen



pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.



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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia estudiada en grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-00628-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA ESTHER PEÑALOZA LEAL
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Protección y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de marzo del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia.



ANTECEDENTES

La señora MARÍA ESTHER PEÑALOZA LEAL por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por Colfondos el 26 de octubre de 1999 y posteriormente, a Protección S.A. el 01 de marzo del 2013; que se declare que continúa afiliada al RPMPD administrada por Colpensiones. Como consecuencia se ordene a la AFP PROTECCION S.A. proceda a devolver a Colpensiones todas las sumas a favor de la demandante, sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; a Colpensiones a recibir los anteriores valores para que se vean reflejadas la totalidad de las semanas cotizadas de la demandante, junto con las costas procesales. Como pretensiones subsidiarias solicita se declare la ineficacia del traslado y que en caso de que la AFP PROTECCION S.A. se oponga a las pretensiones principales de esta demanda sean condenadas a reconocer y pagar la pensión por vejez a la demandante en los términos establecidos en la Ley 797 del 2003 de acuerdo con el RPMPD. (fls. 5 a 6 archivo 01Cuaderno1).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de diciembre de 1963; que se afilió y efectuó cotizaciones al ISS entre el 07 de noviembre de 1990 y el 15 de marzo de 1991; que alcanzó a cotizar en el ISS 18.43 semanas; que Colfondos en comunicación del 11 de abril del 2019 manifestó que la única información brindada a la demandante se dio de forma verbal y directamente en el momento del contacto con los asesores comerciales; que recibieron una asesoría deficiente y sesgada motivada por las motivadas metas de clientes que debían cumplir en el área comercial de la AFP COLFONDOS; que la afiliación irregular de la demandante se dio el 26 de octubre de 1999 con el diligenciamiento del formulario por la AFP COLFONDOS; que el asesor



del fondo privado le manifestó que el ISS iba a desaparecer; que su mesada pensional sería más alta que la que le correspondería en el ISS; que obtendría los mismos o mejores beneficios al trasladarse; que su traslado es ineficaz al no haberse realizado de manera libre y voluntaria; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 6 a 11 archivo 01Cuaderno1).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 9, 31 y 32; dijo que el 36, 37 y 40 no eran un hecho; negó el 12, 13, 14, 15, 18, 19, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 35, 38, 39, 41 y 42 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica. (fls. 95 a 130 archivo 01Cuaderno1).

Por su parte, **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 4, 8, 9, 33 y 34; negó el 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28 y, manifestó no constarle los demás. No propuso excepciones. (fls. 197 a 199 archivo 01Cuaderno1).

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 29, 36 y 40; negó el 21, 27, 30, 37 y 41 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó hecho de la



víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe y la genérica. (fls. 201 a 216 archivo 01Cuaderno1).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARÍA ESTHER PEÑALOZA LEAL identificada con C.C. 63.306.718 al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 01 de enero de 1996, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR hoy PROTECCION S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA ESTHER PEÑALOZA LEAL identificada con C.C. 63.306.718 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.



QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas PROTECCION Y COLPENSIONES. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$900.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio jurisprudencial de la CSJ; que la carga probatoria está en cabeza del fondo de pensiones; que no basta con el formulario de afiliación; que la AFP no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado; que se deben devolver los aportes, rendimientos sin descontar ninguna suma por gastos de administración; que esta declaratoria es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que respecto del seguro previsional se solicita que no sea obligada a devolver el valor del mismo toda vez que de la cuenta de ahorro individual de la parte actora se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que haya existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia esta pagara una suma adicional que financiara tales conceptos. Que el seguro previsional ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y, por tanto, se encuentra imposibilitada para cobrárselo y enviárselo a Colpensiones. Que se debe tener en cuenta que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe. Respecto de las comisiones de administración la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la parte actora por este concepto se hizo conforme una disposición legal valida aplicable y vigente. Que se trata de comisiones ya causadas y pagadas por la administración de los dineros de su cuenta de ahorro individual. Que en caso de que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan



al estado anterior y en el hipotético caso que se asuma que protección no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones debería proceder únicamente el traslado de los aportes de la demandante a Colpensiones, pues si las cosas vuelven al estado anterior no había lugar a que se trasladara los rendimientos que causó su cuenta de ahorro individual ni ningún otro emolumento que se haya podido causar que es importante tener en cuenta que son descuentos realizados conforme la ley y como contraprestación a una buena gestión como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora María Esther Peñaloza Leal, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION en el año 1995 (fl. 137 archivo 01Cuaderno1) y, posteriormente, con la AFP COLFONDOS en el año 1999 (fl. 33 archivo 01Cuaderno1) y con la AFP PROTECCION en el año 2013 (fl. 139 archivo 01Cuaderno1); ésta última entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente.

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



comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora María Esther Peñaloza Leal, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada DAVIVIR hoy PROTECCION, al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la



toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP PROTECCION S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable



a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

Adicionalmente, en la sentencia SL3156 del 29 de junio de 2022, M.P. Iván Mauricio Lenis; se indicó:

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

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



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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2017-00447-02

ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA MARÍA FERNÁNDEZ SIERRA

DEMANDADO: AXA COLPATRÍA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 23 de junio del 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. quien solicita se confirma la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.



ANTECEDENTES

La señora ANA MARÍA FERNANDEZ SIERRA en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad MAICOL ESTEBAN GÓMEZ FERNANDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la empresa AXA COLPATRIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Daniel Mauricio Gómez Rodríguez en favor de su compañera permanente y su hijo menor de edad a partir del 05 de agosto del 2014; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proces. (fl. 4 archivo 01ExpedienteDigitalFolios1a35).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que es la progenitora del menor MAICOL ESTEBAN GÓMEZ FERNANDEZ quien nació en el 2012 fruto de la convivencia de unión marital de hecho con el señor Daniel Mauricio Rodríguez (q.e.p.d.); que el causante suscribió contrato laboral bajo la modalidad de obra o labor contratada con la empresa A&C RAPIDOMICILIOS LTDA para desempeñar el cargo de mensajero entre el 16 de mayo del 2014; que al omento de su fallecimiento estaba devengando un salario mínimo legal mensual vigente; que en virtud de la relación contractual su empleador lo afilió al Sistema de Riesgos Laborales con la compañía aseguradora AXA COLPATRIA S.A.; que el 05 de agosto del 2014 sufrió un accidente de tránsito durante su jornada laboral al disponerse a entregar un domicilio lo cual generó su fallecimiento; que la demandante acudió a la ARL AXA COLPATRIA a reclamar su pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente supérstite y en representación de su hijo menor de edad; que AXA COLPATRIA le negó su solicitud pensional argumentando que al momento del siniestro se encontraba prestando sus servicios a una empresa diferente a la cual contrato el servicio; que se ha visto seriamente afectada económicamente. (fls. 4 a 6 archivo 01ExpedienteDigitalFolios1a35).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 6, 7, 11 y 12 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. no es ni ha sido administradora de riesgos laborales; AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. no cuenta con aprobación para desarrollar el ramo de riesgos laborales y nunca ha desarrollado tal actividad, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. es una entidad autónoma con personería jurídica propia, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. es una persona jurídica diferente a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., inexistencia de la obligación, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. no es ni ha sido fondo de pensionales al que estuviera afiliado el difunto; cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fls. 47 a 59 archivo 03ExpedienteDigitalFolios37a115).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la legitimación en la causa por pasiva por parte de la demandada AXA COLPATRIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

SEGUNDO: ABSOLVER a AXA COLPATRIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. de todas las pretensiones incoadas por la señora ANA MARÍA FERNÁNDEZ SIERRA.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante dentro de los cuales deberá incluir como agencias en derecho la suma de doscientos mil pesos (\$200.000)” (fls. 1 a 3 archivo 05ExpedienteDigitalFolios117a153)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que es AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. quien está legalmente



autorizada para ejercer en el ramo de los riesgos laborales y que teniendo en cuenta que la pretensión principal es el pago de una pensión de sobreviviente, es claro, que al haberse demandado a una entidad diferente AXA COLPATRIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. se debe declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, se tiene que lo pretendido por la señora ANA MARÍA FERNÁNDEZ SIERRA en nombre propio y, en representación de su hijo menor de edad, se circunscribe al reconocimiento de una pensión de sobreviviente, por lo que, en primer lugar, debe determinarse si efectivamente como lo sostiene el fallador de primera instancia en este caso existe falta de legitimación en la causa por pasiva.

Frente a legitimación en la causa la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de referirse entre otras en la sentencia SL 3857-2022 en la cual indicó:

“(…)”

4.2. La legitimación en causa, por su parte, hace referencia a la necesidad de que entre la persona que convoca o es convocada al pleito y el derecho invocado exista un vínculo que legitime esa intervención, de suerte que el veredicto que se adopte les resulte vinculante. Ha sido insistente esta Corporación al calificarlo como un presupuesto de la acción, cuya ausencia impide aproximarse al fondo de la contienda, trayendo aparejado la desestimación de lo pedido.

Esa legitimación la deben ostentar tanto la parte demandante (activa) que le permita accionar, como la demandada (pasiva) para enfrentar los reclamos, pudiendo ser cuestionada mediante la interposición de la correspondiente excepción previa, e incluso de oficio y que de hallarse probada podrá ser declarada mediante sentencia anticipada en cualquier estado del proceso.

En lo tocante a la legitimación en la causa esta Corte ha adoctrinado lo siguiente:

«El nexo que une a las partes, permitiendo a la una accionar y a la otra responder a tales reclamos, es lo que se conoce como legitimación en la causa. Su importancia es tal, que no depende de



la forma como asuman el debate los intervinientes, sino que el fallador debe establecerla prioritariamente en cada pugna al entrar a desatar la litis o, en casos excepcionales, desde sus albores.

De no cumplirse tal conexión entre quienes se traban en un pleito, se presentaría una restricción para actuar o comparecer, sin que se trate de un aspecto procesal susceptible de subsanación, sino que, por su trascendencia, tiene una connotación sustancial que impide abordar el fondo de la contienda.

La Corte en sentencia de 24 de julio de 2012, exp. 1998-21524-01, reiteró que “[l]a legitimación en la causa consiste en ser la persona que la ley faculta para ejercitar la acción o para resistir la misma, por lo que concierne con el derecho sustancial y no al procesal, conforme lo tiene decantado la jurisprudencia (...) En efecto, ésta ha sostenido que ‘el interés legítimo, serio y actual del ‘titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico’ (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), exige plena coincidencia ‘de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)’ (CXXXVIII, 364/65), y el juez debe verificarla ‘con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular’ (cas. civ. sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01). Y ha sido enfática en sostener que tal fenómeno jurídico ‘es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste’ (Sent. de Cas. Civ. de 14 de agosto de 1995, Exp. N° 4268, reiterada en el fallo de 12 de junio de 2001, Exp. N° 6050)» (CSJ SC4468 de 9 de abr. de 2014, Rad. 2008-00069-01).

Conforme lo anterior, es claro que es indispensable que exista una legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva para poder entrar a resolver de fondo las pretensiones propuestas. En el presente caso, la demandante solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente en nombre propio y en el de su hijo menor de edad, por el fallecimiento de su compañero permanente el señor Daniel Mauricio Gómez Rodríguez el 05 de agosto del 2014, señalando que demanda a la ARL a la cual se encontraba en vida afiliado.

Al revisar las documentales allegadas al proceso se evidencia que efectivamente como lo sostuvo la falladora de primera instancia el causante



Daniel Mauricio Gómez Rodríguez en vida estuvo afiliado a la **ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** desde el 16 de mayo del 2014, tal y como aparece en la certificación expedida por dicha entidad el 10 de noviembre del 2015 y la cual fue allegada por la parte demandante al presentar la demanda. (fl. 33 archivo 01ExpedienteDigitalFolios 1 a 35)

Sin embargo, pese a que se allegó dicha certificación con la demanda, en el libelo incoatorio se demandó a **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** entidad diferente a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. siendo ésta última la entidad en la que estuvo afiliado el causante para riesgos laborales. Al revisar los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio se evidencia que AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. son dos personas jurídicas totalmente diferentes, por lo que al demandarse a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., entidad con la cual no tuvo ninguna vinculación el causante, ni tiene como objeto ser una administradora de riesgos laborales, es claro, que existe tal y como lo dijo la falladora de primera instancia, una falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que habrá de confirmarse la absolución impartida en primera instancia, pues las pretensiones no pueden ser estudiadas de fondo al no haberse demandado a la ARL a la cual estuvo en vida afiliado el causante.

Sin costas en este grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

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



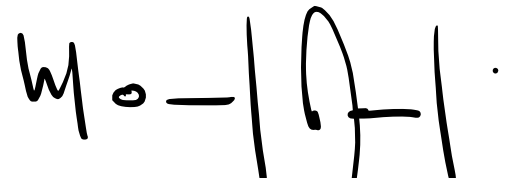
SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 11-2018-179-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: YENNY ESPERANZA MUÑOZ

DEMANDADO: PROMECOL ROA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 9 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora YENNY ESPERANZA MUÑOZ por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que entre ella y la demandada existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo verbal a término indefinido, que inició el 3 de junio de 2014 y culminó el 9 de enero de 2018, siendo terminado por la demandada de forma unilateral y sin que mediara justa causa para el efecto, que el último salario promedio por ella devengado, ascendió a

\$1.828.670, siendo esta suma la resultante de promediar todos los pagos salariales devengados en el último año de servicios, que se le adeuda una comisión equivalente a \$3.500.000 por las ventas realizadas en los meses de diciembre de 2017 y enero de 2018; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada a pagar a su favor las prestaciones sociales durante toda la vigencia de la relación laboral como prima de servicios, cesantías e interés a la cesantía, vacaciones, indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo prevista en el artículo 64 del CST, comisiones correspondientes a diciembre de 2017 y enero de 2018, indemnización del artículo 65 del CST, indemnización por no consignación de auxilio de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pago de cotizaciones con destino al sistema integral de seguridad social, pago de aportes a caja de compensación familiar, devolución del 10% de la retención en la fuente realizada por la demandada, devolución del reteica e indexación de las sumas objeto de condena. (fls. 3 y 4).

Fundamentó sus pretensiones señalando que prestó sus servicios de manera personal, continua, ininterrumpida y subordinada a favor de la demandada en el cargo de agente comercial – vendedora, que la relación laboral inició el 3 de junio de 2014 y culminó el 9 de enero de 2018, que entre ella y la demandada se suscribió un contrato el 3 de junio de 2014 denominado contrato comercial y un segundo con igual denominación el 2 de enero de 2017, que en dicho contrato del 3 de junio de 2014, se pactó la existencia de un contrato a término indefinido, horario de trabajo entre las 8:00 a.m., a 5:00 p.m., horario en el que laboró de lunes a sábado, que como contraprestación a su labor, recibió en el último año de servicios un salario promedio de \$1.828.670, pago que se realizaba mediante consignación a su nombre en cuenta bancaria del Banco Caja Social, teniendo como consignante a la sociedad demandada y por concepto de “abono nómina”.

Que la demandada era la que programaba la forma y rutas en que debía ejecutar su labor y la forma en que debía realizar los informes de gestión, que nunca fue afiliada al sistema de seguridad social integral, ni a caja de compensación, que recibía órdenes directamente del Gerente General de la demandada, Reinaldo Orozco, que la demandada le suministró las herramientas para la ejecución de su labor entre otras una Tablet con cargador y celular, labor que ejecutó de manera personal, que utilizaba su

correo personal para atender solicitudes de trabajo, que no le fueron canceladas prestaciones sociales, prima de servicios, cesantías e interés a la cesantía, ni se le pagaron dichos rubros a la terminación del contrato laboral, como tampoco vacaciones y se le adeudan las comisiones correspondientes a diciembre de 2017 y enero de 2018 en la suma de \$3.500.000, que durante la relación laboral demandada le realizó descuento del 10% de su salario por concepto de retención en la fuente así como por reteica, los que deben ser devueltos.

Afirma que en el contrato suscrito por la demandada el 2 de enero de 2017 se pactó que los viáticos derivados de la gestión comercial, serían cubiertos por la demandada, se le prohibió ofrecer productos a clientes no autorizados por Promecol Rosa S.A.S., que se le exigía el cumplimiento de un plan de trabajo, debía asistir a reuniones y finalmente el 9 de enero de 2018, el Gerente de la demandada, le indica personalmente que no requerían más de sus servicios y por ello a partir de la fecha, quedaba desvinculada de la demandada. (fls. 5 a 8)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada, se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 8, 17, 18, 20, 23 a 25, 27 a 29, 32, 34 y 36 a 38; parcialmente del 5 a 7, 12, 21, 22, 33 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción para reclamar derechos laborales, falta de causa para pedir prestaciones sociales y mala fe de la demandante. (fl. 413)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, declarando probada la excepción de falta de causa para pedir y condenó en costas a esta última. (fl.465).

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

En primera medida se deberá emitir pronunciamiento respecto de la tacha formulada en contra del testigo Néstor Andrés Hernández López, es así que la ley ha señalado como

premisa normativa para dilucidar o resolver tal situación la tacha, que la ley nos ha señalado sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez se encuentran en circunstancias que afecten ya sea su credibilidad o imparcialidad lo anterior en razón a que existan dependencias, parentesco, sentimientos por interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas de las señaladas en el artículo 211 del Código General del proceso que se aplica por remisión expresa, por analogía del artículo 145 del CPTSS.

En este orden de ideas, apoyado este juzgador en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, concluye que la declaración del ciudadano Hernández López, la que fuera objeto de tacha, por sentar un grado de parentesco con el representante legal de la pasiva, no necesariamente se encuentra afectada en su credibilidad e imparcialidad por tal situación, toda vez que si bien es cierto existe un parentesco con el representante legal, no se evidencia un interés directo o indirecto que pueda tener en las resultados de este juicio máxime, cuando la información que suministró fue por el conocimiento directo que tiene precisamente por haber desarrollado las mismas funciones de la aquí demandante que fue precisamente a lo que estuvo dirigido el cuestionario adelantado y que cualquier apreciación subjetiva que realizó se llevó a cabo de manera espontánea. Eso sí ese testimonio tendrá que ser valorado de manera rigurosa y en conjunto con las demás pruebas obrantes en el expediente. Habiendo entonces superado lo anterior, se adentra el despacho a señalar el problema jurídico a resolver a través de esta sentencia. Es así que tal y como quedara señalado en su debida etapa procesal teniendo en cuenta los medios probatorios debatidos durante el trámite procesal, el primer objeto de análisis y punto neurálgico a dilucidar, consiste en determinar si entre las partes existió un verdadero y único contrato de trabajo, cuyos extremos temporales fueron los comprendidos entre el 3 de junio del año 2014 y el 9 de enero del año 2018. Asimismo, establecer el cargo desempeñado y que salario devengaba, en caso afirmativo, establecer si hay lugar a condenar a la pasiva al pago y reconocimiento a la demandante de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la Seguridad Social, comisiones insolutas; como un segundo objeto de estudio principal, deberá establecer si la terminación de la relación laboral del contrato de trabajo se dio de manera unilateral, sin justa causa para determinar si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago a favor de la demandante de la sanción moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST; como cuarto objeto de estudio; si hay lugar a ordenar el pago de la sanción por no consignación de cesantías dispuesta en la ley 50 del 90 y finalmente, si las sumas a que haya lugar a condenar, deben sufragarse a la demandante de manera indexada, Finalmente, un último objeto de estudio; si hay lugar al reconocimiento de costas y agencias procesales en favor de la demandante y a cargo de la demandada, indicándose entonces a las partes en este en este apartado acápite de la sentencia que las pretensiones de la demanda no cuentan con vocación de prosperidad por los argumentos que se esbozan a continuación:

Del contrato realidad: tal y cómo quedará señalado el punto neurálgico a resolver a través de esta sentencia en esta instancia procesal, pues deberá determinar este operador judicial si estamos respecto a la declaratoria de un verdadero contrato de trabajo de la demandante, con la aquí demandada, vigente o comprendido entre el 3 de julio del año 2014 y hasta el 9 de enero del año 2018, a lo cual se opone la demandada al afirmar que no existió ninguna relación laboral con la aquí demandante. Pues bien, habiendo entonces puesto de presente lo anterior, debe remitirse el despacho en primera medida a las premisas normativa para dilucidar el objeto de estudio, las cuales no son otras en primera medida, el artículo 22 y el artículo 23 del CST, el primer canon nos señala o nos indica la definición del contrato de trabajo, que es aquel por el cual una persona se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, ya sea está natural o jurídica, bajo una continuada subordinación y recibiendo una remuneración, por su parte, el artículo 23, señala los 3 elementos constitutivos del contrato de trabajo, el primero de ellos y fundamental, la prestación personal del servicio en favor de otro, segundo que esta prestación se haga de manera subordinada, y el tercero una remuneración y que solamente acreditados estos 3 elementos se entiende que estamos respecto de un contrato de trabajo, lo que conduce a la necesidad de constatar si en el mismo se llevó a cabo o se tiene demostrada la presunción con la prestación personal del servicio señalada en el artículo 24 que se indica a dicha norma, que toda relación de trabajo personal está regido por un contrato de trabajo, no obstante lo anterior, esta

resolución no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, asimismo que la parte demandada, al ser una presunción legal, no pueda desvirtuarla.

En este orden de ideas, habiendo puesto de presente la premisa normativa con la cual se dilucidará el objeto de litis, procede el despacho a verificar, determinar si se cumplen los 3 elementos constitutivos del contrato de trabajo en el orden señalado por la norma sustancial. Es así que en cuanto a la prestación del servicio no cabe duda que la aquí demandante prestó sus servicios como asesora comercial para Promecol Roa S.A.S dentro del interregno temporal señalado del libelo Introdutorio, esto es desde el 3 de junio del año 2014 y hasta el 9 de enero del año 2018, pues así quedó demostrado desde el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la pasiva, la cual señaló que la misma fue vinculada a través de un contrato comercial a partir del 3 de julio del año 2018, de igual manera contamos con los testimonios de los ciudadanos Marisol Villalobos, Claudia Rocío Romero, Sandra Muñoz, quienes al unísono señalaron que la aquí demandante era asesora comercial externa de Promecol Roa S.A.S, circunstancia que igualmente se verificó con las certificaciones de servicios obrantes a folios 28, 29, 195 y 196, donde se puede observar a su vez también los contratos comerciales suscritos entre las partes visibles a folios 35 y 34, las demás documentales obrantes en el expediente contentivas de la trazabilidad de correos electrónicos, facturas, relación de visitas a clientes, liquidación de comisiones y demás que dan cuenta de la efectiva prestación del servicio por parte de la demandante Muñoz Palacio a favor de la demandada Promecol Roa S.A.S, así las cosas de acuerdo a las pruebas analizadas en precedencia, este despacho judicial encuentra plenamente acreditada la prestación personal del servicio de la aquí demandante Muñoz Palacios, y si ello es así, por supuesto que estamos en presencia de la presunción legal que trata el artículo 24 del CST; por lo que demostrado este elemento pues se traslada la carga de la prueba a la parte demandada, de conformidad con la carga dinámica de la misma a fin de que desvirtúe los elementos propios de un contrato de trabajo, los cuales recuerda el juzgado nuevamente se suscriben a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución por esta prestación personal; presunción que en el presente asunto logró ser desvirtuada por la demandada, atendiendo que en su defensa principalmente consistió su Pilar probatorio de defensa fue que la naturaleza de las funciones que desarrolló la ciudadana Muñoz Palacio no fueron otras que las relacionadas con la comercialización de productos y accesorios para motocicleta de propiedad de la demandada.

Es así que en el devenir procesal allegó, principalmente, prueba declarativa, en primera medida del interrogatorio de parte absuelto por la aquí demandante Muñoz Palacios, el cual se enfocó en determinar la autonomía en el ejercicio de las funciones desarrolladas, se logró identificar, determinar que no contaba con un puesto de trabajo fijo, que a pesar que tenía que pedir permiso con dos meses de anticipación para ausentarse de su prestación debido a que la empresa compraba los tiquetes para los recorridos con anticipación y que aun así ella se iba de permiso de manera autónoma, tan solo tenía que indicar avisar las fechas, a su vez llevaba los celulares, continuaba prestando su servicio haciendo recaudo de cartera, no obstante indicó que lo hacía con el fin de obtener el pago de la Comisión por venta, que ella de común acuerdo había acordado con la empresa demandada y que dichos productos se determinaban de común acuerdo, de ninguna manera subordinada con la demandada para comerciar y vender los mismos en zonas determinadas que ella trabajaba para la empresa de manera externa. A su vez se tienen los testimonios de Sandra Muñoz Rojas, quien afirmó conocer a la demandante toda vez que prestaron sus servicios a Promecol Roa S.A.S, aunque la testigo fue asesora comercial entre febrero del año 2016, se retiró en marzo del año 2017, indicó que nunca tuvieron horarios ni salario, que nunca debieron marcar tarjeta que siempre les pagaron por comisión, que como asesores escogían el cliente y la zona, que la labor se desarrollaba visitando al cliente, se les mostraba un catálogo de productos, luego pasar al listado de lo que había pedido a Promecol y ellos se encargaban de hacerlos llegar, el pago lo recibían una vez pasado en la planilla de ventas y les liquidaban los pagos a una cuenta, que podían ir a cualquier lado a trabajar, que desde el principio sabía que iban a ganar por comisión porque era un contrato comercial, que cuando no se realizaban ventas no pasaba nada.

A su vez, el testimonio de Néstor Andrés Hernández López señaló que trabajó para Promecol como asesor comercial en las mismas condiciones de la demandante,

manifestó que cada uno tenía zonas asignadas, nunca se cruzaban, que la señora Yenny era autónoma en sus actividades en la comercialización de sus productos, que las reuniones se efectuaban era para hacer lanzamientos de productos nuevos, a las reuniones iban los agentes comerciales, el señor Reinaldo Orozco organizaba las giras, no tenían que enviar reportes de donde se encontraban, que el precio de los productos los fijaba Promecol porque era el fabricante, que los topes de los descuentos lo fijaba Promecol pero que era el agente comercial el que determinaba, convenía toda vez que no le beneficiaba por el tema de las comisiones ya que el pago de la comisión dependía del valor del pago de la venta; pruebas todas estas, analizadas en conjunto con la naturaleza propia de la labor ejecutada por la aquí demandante Muñoz, la de agente comercial, permiten establecer a este despacho judicial, con pleno grado de certeza, que las funciones que ejerció la demandante, no estuvieron rodeadas por una subordinación propiamente continuada, entendida está y haciendo una remembranza del precedente jurisprudencial emitido por el órgano de cierre, esta jurisdicción y esta especialidad en sentencia con radicado 46384 de abril del año 2018, indicó lo siguiente: “la dependencia del trabajador respecto al empleador que faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo, cantidad de trabajo e imponerle reglamentos lo cual debe mantenerse por todo el tiempo, duración del contrato”; subordinación está que brilló por su ausencia en la relación comercial existente entre las partes, ello atendiendo que no estaba sometida a órdenes permanentes en el ejercicio de la actividad, toda vez que quedó demostrado que gozaba de total autonomía y dependencia para realizar las mismas, las cuales se limitaban a la venta por catálogo de los productos de propiedad de la empresa demandada, tal y como queda acreditado por las distintas pruebas aportadas al proceso que fueron señaladas en precedencia, de ahí que, teniendo en cuenta la naturaleza propia la labor, es decir la de vendedora o agente comercial, la podía realizar de manera autónoma, con estrategias, destrezas y capacidades inherentes a la actividad propia del vendedor, a fin de obtener la venta del producto lo cual excluye una subordinación propiamente dicha por parte de la empresa contratante, aunado al hecho que su remuneración estaba supeditada al cúmulo de ventas que realizará por lo que dependía únicamente de ella la manera en que realizaba la actividad comercial, sin que el hecho que la empresa demandada a través de correos electrónicos o reuniones programadas fijará pautas de ventas tales como lugar de ventas, directorio y clientes. Asimismo, que les solicitara informes de ventas o gestión, establecer el precio de los productos a comercializar y los descuentos sobre cada uno de ellos que le suministra herramientas tecnológicas como elementos de comunicación, entre otros tal y como fuera recalado por el apoderado de la parte demandante tanto en la demanda como al interrogar a cada uno de los testigos.

Así concluidos los alegatos, dichas situaciones, no tienen la autoridad suficiente para enervar una subordinación, nótese que en las relaciones laborales como la acá pactada es justificable que la empresa a través de dichas directrices o instrucciones dirigidas al vendedor como las anteriormente relatadas estén encaminadas directamente a proteger la integridad de sus productos a efecto de generar una imagen favorable entre los clientes a los cuales se les comercializaba, de ahí que las mismas se traduzcan en una relación recíproca entre las partes con el fin de materializar el acuerdo comercial suscrito más no en actos constitutivos de una subordinación propiamente dicha, más aún cuando la sola solución de establecer una ruta, fijar un precio, no constituye el objeto final del contrato comercial, ¿Y cuál era la venta? O comercialización del producto, aunado a que si no había ventas pues no había remuneración; asimismo, es dable traer a colación lo expuesto por la honorable Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, sentencia SL 1756 del 27 de mayo del año 2020, donde se remitió a distintos pronunciamientos efectuados por esa corporación, doctrina probable de cierre y reiterada, esto es de 3 pronunciamientos en el mismo sentido respecto a los contratos comerciales de la siguiente manera; “ por la importancia del pronunciamiento sobre los contratos de agencia comercial y los agentes vendedores, reconociendo problemáticos desde el punto de vista de la valoración probatoria la Corte ya ha tenido la oportunidad de aclarar con antelación que es propia esta actividad comercial y este razonamiento contractual que existan instrucciones, requerimientos de una muy fina coordinación común, lo que no se traduce en una subordinación de carácter laboral”, se señalan 7 sentencias; asimismo y en igual sentido la sala en sentencia SL 10159 del año 2016, sentó lo anterior: “por cuanto si bien a todos estos documentos ponen de presente que el actor recibía instrucciones y directrices para el desarrollo de sus labores o que debía asistir a reuniones y tener una cierta disponibilidad de comunicación con la empresa, lo

cierto es que como quedó dicho en precedencia, ello resulta indispensable en el cumplimiento de los contratos de agencia comercial y los que resulta justificado que la empresa proteja la integridad de sus productos, propenda por el desarrollo de una imagen ante los consumidores y establezca directrices de calidad, distribución y venta de productos, lo anterior para que generen confianza a sus clientes, luego no es posible inferir que la autonomía con la que actúa el agente comercial se desvirtúa por el hecho de que el empresario establezca reglas de mercado para la colocación de los bienes o servicios que comercializa, pues ello en las condiciones que se verificaron en sublite en realidad no son demostrativas del ejercicio del poder subordinante propio de las relaciones laborales, aunado a lo dicho vale la pena destacar que las instrucciones y directrices a las que se ha hecho referencia estaban dirigidas a todos los agentes comerciales de la demandada, nunca hacia el actor a título personal para que cumpliera con una determinada labor dentro de un horario establecido y bajo una dependencia y subordinación del empleador”.

Ahora bien frente al cumplimiento de un horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde que la demandante presuntamente prestaba sus servicios tampoco resulta suficiente para determinar qué el elemento de la subordinación se hizo presente, tal y como también lo ha señalado el órgano de cierre de esta jurisdicción en esta especialidad en sentencia SL 14481 del año 2014 y que no ha sido modificada dicho criterio a la fecha en donde indicó que a pesar de ser el cumplimiento de un horario de trabajo un indicativo de subordinación, tal hecho no hace concluir forzosamente la existencia de la misma, cuando el análisis de otros medios probatorios el juzgador deduce que en realidad es una prestación de servicios personales de carácter independiente y autónoma asimismo se tiene que el aquí demandante debía comercializar los productos dentro de este rango de tiempo, debido a que son los horarios que los comerciantes ejercen su labor, de ahí que en aras de propender por la comercialización debía ajustarse a los horarios que manejan los clientes y era ella la misma que se imponía su horario, si debía trabajar o no en esta franja de horario, toda vez que como se ha venido indicando pues dependía su remuneración directamente de las ventas y el logro de cartera que se efectuará, en este orden de ideas al cumplir con su carga probatoria la parte demandada tendiente a desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST por las razones esbozadas, se concluye que se deberá absolver de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra a la parte demandada deprecadas por la aquí demandante Yenny Esperanza Muñoz Palacios, incluida la tendiente a obtener el pago de la Comisión por valor de \$3.500.000 mil pesos, pues más allá de precisar que la Comisión corresponde al periodo de diciembre del año 2017 y enero del año 2018, lo cierto es que no se allegó material probatorio que dé certeza de su causación es así como en su liquidación, en los términos establecidos en el contrato comercial, se puede observar en la cláusula tercera la que la cual ascendía al 3.5 sobre el valor de las ventas, pero no se logra comprobar que las ventas para el período endilgado, se hayan hecho por el valor o correspondiente al valor para acceder a dicha comisión, es así que teniendo en cuenta y como se indicó en precedencia por la carga dinámica de la prueba le era deber o menester procesal, demostrar tal situación a la parte demandante respecto al monto vendido para dar efecto a la causación de dicha comisión de conformidad con lo señalado en el artículo 167 del CGP.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Fue demostrado dentro del proceso que la demandante señora Yenny Esperanza Muñoz Palacio, prestó un servicio a favor de Promecol Roa S.A.S en el período comprendido entre el 3 de junio de 2014 y el 9 de enero de 2018, fue uno de los aspectos que la sentencia en su parte argumentativa declaró, adicionalmente también quedó demostrado la remuneración que se le pagó de manera periódica a la demandante por esa prestación de servicios, situación sobre la cual al haber sido declarada y encontrada en la sentencia por parte del juez de primera instancia pues no será incluida dentro de mi apelación porque pues no tendría ninguna razón de ser, en ese sentido mi apelación estará dirigida a refutar no solamente el entendimiento que el juez de instancia le dio a

la fuente normativa que regula la presente materia, sino principalmente al entendimiento que le dio el señor juez a todo el material probatorio arrimado al informativo para concluir como lo hizo de manera equivocada con todo respeto hay que decirlo, que en el presente caso no se logró demostrar la subordinación laboral y por ende pues no podía a voces del juez de primera instancia declararse la existencia de un contrato de trabajo o de una relación laboral. En ese sentido honorables magistrados debo señalar que si bien coincido con la fuente normativa que fue planteada en la sentencia es decir el artículo 22 del CST y el artículo 24 del mismo compendio normativo, sin duda el señor juez le dio una aplicación completamente equivocada, por qué razón: el artículo 22 de manera clara y ni siquiera hay que auscultar la intención del legislador dispuso “contrato de trabajo es aquel por el cual una persona Personal a otra persona natural o jurídica bajo la continua dependencia o subordinación de la segunda, mediante una remuneración” Adicionalmente el artículo 24 en la parte pertinente del CST establece, se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo; veamos entonces por qué razón la parte demandada contrario a lo que afirma la sentencia de ninguna manera logra demostrar que la presunción establecida o mejor logra derruir la presunción establecida en el artículo 24 citado. En ese sentido, todo el material probatorio que básicamente consistió en prueba documental, en una prueba testimonial, en una prueba de interrogatorio de parte analizada de una manera no solo objetiva sino plausible permite concluir todo lo contrario a lo que concluyó el señor juez por las siguientes razones:

1. La prestación del servicio que ya quedó demostrada en el expediente no fue de manera independiente y menos aún autónoma en el ejercicio de las funciones, es decir la demandante no ejecutó esas funciones con sus propios medios y recursos, debemos decir que si bien en el ámbito jurídico existe en el ámbito legal existe lo que se conoce como el contrato de prestación de servicios e incluso el contrato que vinculo aquí a la demandante y el cual más adelante me voy a referir cuando este contrato como el que vinculó a la demandante con la demandada se desvirtúa y en la realidad se logra demostrar que existió un contrato de trabajo o una relación laboral por efectos de la subordinación pues sencillamente así debe ser declarado y uno de los mayores argumentos que hay que mencionar es que ese contratista independiente cuando verdaderamente lo es y cuando la figura se utiliza correctamente como su nombre lo dice, es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones y ejecuta esas actividades por sus propios medios y recursos, en este caso es absolutamente claro que la ejecución de las funciones de la demandante no cumplen esas esas condiciones de ser independiente, autónomo y de ejecutarse por sus propios recursos, ¿Cuáles son las razones? Primero, las metas que debía cumplir la demandante eran impuestas por la demandada, el valor de las comisiones eran fijadas por la demandada, los viajes y los clientes a visitar eran impuestos por la demandada, lo anterior son situaciones propias del contrato de trabajo, ahora miremos el tema del contrato de agente comercial, el contrato de agencia comercial está regulado en el Código de Comercio, y adicionalmente tiene una recomendación que es específica en el presente caso no cumple ni se demostró por parte de la demandada que la demandante que se alega por esta parte es una trabajadora, no cumple con las condiciones establecidas en el código de comercio para ser agente comercial y en ese sentido, no es posible por efectos de la realidad sobre las cosas que simplemente el empleador o el supuesto contratante titule un contrato como agencia comercial cuando en la realidad lo que se dio o lo que se presentó fue un contrato de trabajo, el solo título de agente comercial como lo pretende hacer ver el juez de primera instancia no permite desvirtuar la existencia de un contrato de trabajo, entre otras cosas porque la demandante no tenía poder de decisión ni autonomía ni independencia, la labor que ejecutaba debía esperar que se le dieran indicaciones exactas de pasos a seguir, debía esperar autorización expresa para seguir adelante con la ejecución de sus labores y debía reseñar día a día cada una de las actividades que ejecutaba dentro de su jornada laboral, incluso dentro del informativo obra no solo correos en donde se le llamaba la atención por no haber presentado de manera diaria el reporte sobre sus visitas, sobre sus ventas y sobre las gestiones comerciales propias que hace un gestor comercial contratado laboralmente.

2. En cuanto a los requisitos del Contrato de agencia comercial este debe constar por escrito y lo más importante debe ser inscrito en el registro mercantil de la cámara de comercio donde el agente desarrollará la agencia, situación que no se presenta en el presente caso, entre otros requisitos que deben cumplirse según el Código de Comercio

para el contrato de agencia comercial, lo cual a entender que este contrato es un disfraz que se le quiso colocar a la realidad que no es otra que el contrato de trabajo, agente comercial no es el cargo, o el cargo no obedece a la denominación de un contrato comercial no puede concluirse que agente comercial y vendedor es lo mismo, la agencia comercial está regulada por el Código de Comercio y vendedor es el cargo que desempeñó la demandante dentro del contrato de trabajo que existió entre las partes, entonces concluir dándole la espalda y obteniendo toda la prueba anexan informativo para decir simplemente que por habérsele colocado el título al actor de agente comercial es el contrato, pues dejando de lado por ejemplo lo que señalaron al unísono los testigos respecto a la forma en que se ejecutaba esa labor, nótese que incluso los mismos testigos que fueron traídos por la parte demandada también relataron cómo lo relacionado con las visitas, lo relacionado con el reporte de esas visitas, con el cumplimiento de un horario y aquí quiero hacer un alto para decir pues si el cumplimiento de un horario de trabajo no es entendido como una de las condiciones propias del contrato de trabajo, sencillamente creo que estamos poniéndonos de espalda y violando todo lo que quiso el legislador regular con el artículo 22 y 24 del CST, pues no solamente lo digo con todo respeto violan toda la estructura del Derecho laboral, sino que además resultan peligrosas para el correcto mantenimiento de la paz laboral y de la paz en este país porque no es posible de cara a todo el material probatorio que existe no solo documental, sino de interrogatorio de parte, poder concluir que en el presente caso no hubo una relación laboral, en realidad todas las pruebas gritan de manera estruendosa el hecho de una existencia de un contrato de trabajo, entre otras certificaciones emitidas por la misma demandada, correos electrónicos enviados a la demandante de varias fechas que no voy a mencionar acá porque claramente están en el informativo, todos los documentos a través de los cuales la demandada presentaba la respectiva cuenta de cobro para su pago, existe un documento que es muy importante y es el acta de entrega en donde la empresa demandada suministró las herramientas de trabajo a la señora entre otras una Tablet con sus respectivos accesorios como un cargador, el cable USB y un celular marca Nokia y eso está constando en un documento no fue tachado de objetado por la parte demandada, la entrega de las herramientas de trabajo para que ella pueda ejecutar sus funciones es un claro indicador de que está no desarrolló las funciones con sus propios medios y recursos, el mostrador incluso que se le facilitó o que se le entregó para poder exhibir los productos de la compañía, la tarjeta de presentación que le fue presentada en donde esta señora se presentaba como una vendedora.

Existe incluso una carta del 18 de marzo del 2013 sobre la cual quiero llamar poderosamente la atención que está dirigida a una de los tantos clientes de la empresa y en donde se le hace entrega de un exhibidor para los productos pues la marca de la empresa demandada, hay otra comunicación en la cual a la demandante se le encomienda la función consistente en hacer entrega de un exhibidor, otro tema que también sin duda es indicador de la existencia del contrato de trabajo, es la manera como la demandada no solo organizaba los viajes, los imponía es decir usted debe asistir a determinada ciudad o determinado municipio, sino que proporcionaba todo lo relacionado con los gastos de viaje, tiquetes aéreos, alimentación, y todos los gastos de lo cual también obra prueba en el informativo, de eso pues hay varios documentos que dan cuenta de todo ese reembolso de gastos de viaje, de todos los tickets que eran puestos por la demandada, incluso aquí el Representante legal en su interrogatorio de parte confesó que era la empresa colocaba esos tiquetes y señalaba a qué ciudades se viajaba.

En ese sentido, mi solicitud dentro de esta apelación es que se revise con detenimiento toda la prueba documental, se escuche nuevamente los interrogatorios de parte y sin dificultad se va a lograr concluir que la parte demandada fracasó en su intento de desvirtuar la presunción contenida en el artículo 22 del CST y por ende en el presente caso es imposible jurídica y probatoriamente llegar a la conclusión a la que llegó el juez de primera instancia en el sentido de que la demandante era un agente comercial que realizaba sus funciones bajo una relación que no era propia del contrato de trabajo, esa conclusión sin duda va en contra de todo el material probatorio que se adosó al informativo y que da cuenta de que las funciones que fueron desarrolladas lo fueron bajo los requisitos para la existencia de un contrato de trabajo que es la subordinación laboral, tal y como quedó demostrado en el presente proceso no solo se convierte en el eje central del Derecho laboral y del contrato de trabajo sino que su entendimiento debe darse siempre a la luz de los artículos 22 y 24 del CST para que acciones como las

desplegadas por el aquí demandado en donde su única intención era disfrazar una verdadera relación laboral fuera en aplicación de esos artículos, repeler ese tipo de actuaciones, justificar, avalar actuaciones en este tipo de procesos sin duda a lo único que lleva es a permitirle a una persona la incorrecta utilización de los contratos que la legislación establece, si la empresa quiere utilizar el contrato de agencia comercial o prestación de servicios no puede hacerlo en la realidad como lo hizo con la aquí demandante, debe permitir que en efecto se desarrolle el servicio de una manera independiente y en este caso eso no se realizó, al aplicar las normas que regulan la presente materia y adicionalmente al revisar el material probatorio necesariamente tendrá que revocarse en su integridad la sentencia en primera instancia y accederse a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la prestación del servicio de la demandante a favor de la sociedad demandada, cuestión que fue corroborada por el representante legal de demandada y que esta última certificó en documental visible a folios 28 y 29 del plenario, de la que se extrae que dicha prestación del servicio inició el 3 de junio de 2014, circunstancia de la que también dan cuenta los denominados *contratos comerciales*, visibles a folios 35 y s.s., del plenario.

En relación a la existencia de la relación laboral deprecada, corresponde examinar si como lo concluyó la decisión de primer grado, la parte demandada, logró desvirtuar la presunción legal prevista en el artículo 24 CST, que indica:

Art. 24. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Conforme lo anterior y estando acreditada como se señaló la prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de la demandada; se configura en esta oportunidad la presunción de que trata el antes transcrito artículo 24 del CST, sobre la cual indicó la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento radicado No. 49346 del 3 de mayo de 2017, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno:

*“Vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez plural, que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador **puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe***

desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma". (negrilla fuera del texto original)

Es así como conforme señalamiento jurisprudencial anteriormente citado, correspondía a la demandada desvirtuar esta presunción, la que en efecto contrario a lo manifestado por la decisión de primer grado, no quedó desvirtuada en esta oportunidad; lo anterior por cuanto se evidenció que la labor de vendedora – agente comercial no se realizó por la demandante de manera autónoma como lo señala la parte demandada; lo anterior por cuanto del caudal probatorio aportado por la parte actora, se evidencia que para la ejecución de su labor, que dicho sea de paso realizaba no sólo en Bogotá sino en otras partes del país, se encontraba sujeta a la programación de dichas giras comerciales que hiciera la sociedad demandada, lo que se concluye del contenido de correos electrónicos que le eran remitidos a la actora por las señoras Isabel Orozco o Constanza Jiménez, en los que le indican las ciudades o localidades programadas para efectuar las ventas de los productos de la accionada, dicha circunstancia, fue corroborada con las testimoniales vertidas por las señoras Marisol Villalobos y Claudia Romero quienes laboraban en igual cargo para la demandada y afirmaron al unísono que estaban sujetas a la programación de viajes que hiciera la demandada y esta última era la encargada de proporcionarles los viáticos y tiquetes para el ejercicio de sus labores de vendedoras.

Dichas testimoniales que no fueron objeto de tacha también coincidieron en afirmar que las labores antedichas debían ser ejecutadas en el horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes y al final del día, debían reportar ante la demandada las ventas efectuadas y los pormenores de las mismas, circunstancia que igualmente se corrobora con la documental aportada por la parte demandante contentiva de correos electrónicos entre al demandante y las representantes de la demandada Isabel Orozco o Constanza Jiménez contentivas de dichos reportes diarios y de **requerimientos** efectuados a la demandante cuando no realizaba dicho reporte, lo que claramente desvirtúa el marco de liberalidad de la labor ejecutada por la demandante que alega la demandada y que también refieren las testigos traídas por dicha parte y esta reitera en alegaciones.

En el mismo sentido, la documental mencionada, da cuenta de que para la ejecución de la labor asignada a la demandante, estaba sujeta a los precios de los productos, las promociones y límites porcentuales de descuentos determinados por quienes la contrataron, entre otros, la documental visible a folio 69 del cuaderno de contestación de demanda, en la que se evidencia que la actora rinde informe de sus ventas directamente al representante legal de la demandada y efectúa reclamaciones en cuanto al pago de comisiones por descuentos efectuados a los clientes y que fueran previamente autorizados por la demandada.

Conforme el recuento previamente señalado, es claro para la sala que en esta oportunidad, procede dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 de la CP, ya que si bien obran contratos suscritos por las partes en los que se pretendió consignar que la labor de la demandante era independiente y autónoma, lo cierto es que de las pruebas recaudadas, se demostró que otra era la realidad y dicha labor se ejecutó bajo las órdenes e instrucciones de la parte demandada, concurriendo así los elementos que configuran el contrato de trabajo como son la prestación personal del servicios, una retribución como contraprestación a este y la subordinación de que se itera, fue objeto la parte demandante, así las cosas, se efectuará el estudio de las pretensiones elevadas que se derivan de la demostrada existencia de una verdadera relación laboral entre las partes.

Extremos temporales

Como se indicó al inicio de este pronunciamiento, no ofreció reparo que la prestación personal del servicio de la actora a favor de la demandante, inició el **3 de junio de 2014**, como lo certifica la demandada a folios 28, 29 y 196 (cuaderno contestación); en cuanto al extremo final, indica la parte actora que corresponde al 9 de enero de 2018, afirmación respecto de la cual, obra a folio 398 correo de dicha data en la que la actora indica a otra funcionaria de la demandada que en reunión citada por el señor Reinaldo, este había decidido cancelar su contrato, sin que se puede determinar si dicha decisión en efecto tuvo lugar en la data en mención; ahora bien a folio 36 de cuaderno de contestación obra certificación expedida por Positiva Compañía de Seguros S.A., que da cuenta de la afiliación de la actora como independiente y que la misma tiene como finalización del contrato, el **2 de enero de 2018**,

por lo que será dicha data la que se tendrá en cuenta como de extremo final de la relación laboral a declarar en esta instancia

Asignación salarial

Sobre el particular, se tendrán como bases salariales los promedios de comisiones recibidos por la demandante mensualmente extraídos de las cuentas de cobro mensuales aportadas por ambas partes para los años 2014 2015 y de enero a septiembre de 2016; respecto de los demás meses del año 2016, 2017 y 2018, se tomó para el efecto, las sumas consignadas por la demandada cuyo detalle reposa en los extractos bancarios aportados por la parte demandante, lo anterior atendiendo a que para dichas anualidades, no se aportaron cuentas de cobro ni otra documental que permita dilucidar lo devengado por concepto de comisiones; de tal manera a continuación se detallan las bases salariales halladas una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, resaltando que para los meses de noviembre y diciembre de 2017, se halló una base salarial inferior al salario mínimo legal vigente de dicha anualidad, por lo que se tuvo como salario este último valor:

PROMEDIO SALARIAL					
ANO/MES	2014	2015	2016	2017	2018
ENERO		\$ 1.056.682	\$ 1.779.026	\$ 1.561.039	\$ 1.017.509
FEBRERO		\$ 1.361.320	\$ 2.125.651	\$ 2.211.353	
MARZO		\$ 1.602.973	\$ 2.000.649	\$ 1.092.697	
ABRIL		\$ 1.963.385	\$ 1.807.678	\$ 2.058.976	
MAYO		\$ 1.762.354	\$ 1.713.857	\$ 1.934.532	
JUNIO	\$616.000	\$ 1.929.539	\$ 2.256.662	\$ 3.793.871	
JULIO	\$ 846.817	\$ 2.115.594	\$ 1.973.117	\$ 2.182.985	
AGOSTO	\$ 1.190.961	\$ 1.945.109	\$ 1.662.482	\$ 1.212.906	
SEPTIEMBRE	\$ 2.027.852	\$ 1.853.698	\$ 1.907.060	\$ 1.834.875	
OCTUBRE	\$ 2.110.753	\$ 2.496.738	\$ 1.577.746	\$ 1.618.448	
NOVIEMBRE	\$ 1.821.288	\$ 1.886.903	\$ 1.591.318	\$ 737.717	
DICIEMBRE	\$ 2.150.450	\$ 2.780.102	\$ 1.848.474	\$ 737.717	
TOTAL PROMEDIO	\$ 1.537.732	\$ 1.896.200	\$ 1.853.643	\$ 1.748.093	\$ 1.017.509

Determinado lo anterior y previo al estudio de las prestaciones y demás emolumentos económicos cuyo pago se reclama, procede referirse a la **excepción de prescripción** propuesta por la parte demandada; siendo pertinente señalar que en materia laboral, dicho fenómeno se encuentra regulado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagra que

se ven afectados por el paso del tiempo los derechos no reclamados durante el término de 3 años contados a partir de su exigibilidad.

Para el caso bajo estudio se tiene que previo a la presentación de la demanda que data del 4 de abril de 2018 (fl. 401), no obra reclamación alguna elevada ante la demandada para el pago de los derechos aquí solicitados, resultando claro que se encuentran afectados del fenómeno prescriptivo los reclamados con anterioridad al **4 de abril de 2015**, a excepción del auxilio de cesantías cuyo término prescriptivo se contabiliza a partir de la finalización de la relación laboral y las vacaciones que se hacen exigibles luego de un año contado a partir de la prestación del servicio.

Conforme lo anterior se condenará a la demandada al pago de los siguientes rubros a favor de la demandante por concepto de prestaciones sociales y compensación en dinero de las vacaciones, teniendo en cuenta los promedios salariales antes descritos y el estudio previo de la excepción de prescripción:

AÑOS	2014	2015	2016	2017	2018	TOTAL
CESANTÍAS	\$ 884.196	\$ 1.896.200	\$ 1.853.643	\$ 1.748.093	\$ 5.653	\$ 6.387.785
INTERÉS CESANTÍA	PRESCRITO	\$ 196.151	\$ 259.510	\$ 244.733	\$ 4	\$ 700.399
PRIMA SERVICIOS	PRESCRITO	\$ 1.401.081	\$ 1.853.643	\$ 1.748.093	\$ 5.653	\$ 5.008.470
VACACIONES	\$ 442.098	\$ 948.100	\$ 926.822	\$ 874.047	\$ 2.826	\$ 3.193.892

Indemnización por despido

Sobre este particular, es bien sabido que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de la indemnización bajo estudio, como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL 1166 de 2018; en el presente únicamente obra la afirmación en tal sentido señalada por la demandante, sin que dentro del expediente obre prueba alguna que permita corroborar dicha afirmación y concluir que la terminación del vínculo obedeció a la voluntad de la demandada, razón por la cual, se absolverá de esta pretensión.

En cuanto a la pretensión encaminada al reconocimiento y pago de comisiones correspondientes a los meses de diciembre de 2017 y enero de 2018, se tiene que la misma fue objeto de estudio en la decisión de primer

grado y su absolución no ofreció reparo alguno, razón por la cual, no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno sobre el particular en esta instancia.

Indemnizaciones moratorias artículo 65 CST y 99 Ley 50 de 1990

Encuentra la Sala que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la indemnización moratoria no procede de manera automática e inexorable por el sólo hecho de que se demuestre el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales, sino además debe analizarse si existió o no mala fe del empleador, por ende, sólo es procedente condenar a la indemnización moratoria cuando se acrediten dos elementos: la falta de pago de salarios, prestación e indemnizaciones y tal omisión persista tras su mala fe o reticencia en pagar esas obligaciones laborales al ex trabajador.

En el caso bajo estudio se observa que en apartes anteriores, se concluyó que con fundamento en el principio de la primacía de la realidad, había lugar a declarar la existencia de un vínculo laboral, al haber sido fehacientemente desvirtuada la presunción de que trata el artículo 24 del CST; sin embargo resulta claro que por la forma como se desarrolló la prestación de servicios personales, la demandada bien pudo entender de *buena fe* que no existía verdadero un contrato de trabajo con la demandante y ello se demuestra con los contratos de agencia comercial suscritos por las partes durante la vigencia de la relación laboral declarada, aunado a lo cual, no se demostró la imposición de metas en ventas y varias documentales aportadas dan cuenta que el representante legal de la demandada requería al personal administrativo para que no emitieran órdenes e instrucciones a la actora en razón a la forma de su contratación que era de *prestación de servicios*.

De tal manera, resulta claro que la actuación omisiva en el pago de las acreencias a la actora, que se reconocen en esta instancia, no estuvo revestida de malicia ni se evidencian intenciones defraudatorias de la pasiva, sino de un razonable y posible, aunque equivocado, entendimiento de no estar obligada a los pagos, lo que excluye la condena reclamada en la demanda al pago de sanciones moratorias.

Ante la improcedencia de las condenas bajo estudio y con fin de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, se ordenará la indexación

peticionada de las condenas impuestas, con fundamento en la fórmula señalada para el efecto por la H. Corte Suprema de Justicia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

IPC Inicial

De donde: VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha en que se realice el pago.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha de terminación del vínculo.

Pago de aportes al sistema de seguridad social integral

A este respecto, al ser las cotizaciones al sistema general de pensiones de carácter imprescriptible, **se condenará** al pago del cálculo actuarial con destino al fondo pensional en que se encuentre afiliada la demandante o el de su preferencia, circunstancia que deberá poner en conocimiento de la demandada para que esta proceda a efectuar el pago dicho cálculo por la vigencia de la relación laboral cuya existencia se determinó, esto es, entre el 3 de junio de 2014 al 2 de enero de 2018 y teniendo en cuenta para el efecto las bases salariales descritas en aparte pertinente de este pronunciamiento.

En cuanto a las cotizaciones con destino al sistema de salud y riesgos laborales, no hay lugar a proferir condena ya que como lo ha sostenido la CSJ : “En salud y riesgos laborales, la importancia de esta afiliación reviste durante la ejecución del contrato de trabajo, pues en caso de ocurrir alguna contingencia que este proteja, es el empleador quien debe asumir las consecuencias y responder como lo hubiera hecho el sistema...” (Sen SL1225-2019 Rad 69487 de abril 2 de 2019); pero si no se prueban las contingencias y pagos no es posible acceder a realizar las cotizaciones solicitadas, perjuicios que no se probaron en el caso bajo estudio.

Pago de aportes caja de compensación familiar

A este respecto, ha señalado la CSJ entre otras en sentencia SL 1225 de 2019, que el pago de los aportes bajo estudio, resulta improcedente una vez finalizada la relación laboral, como quiera que es una prestación social que consiste en una serie **de** beneficios tanto económicos como prestacionales

que se otorgan únicamente durante la vigencia de la relación laboral, no habiendo lugar entonces a emitir condena alguna por este concepto.

Sumas descontadas por concepto de retención en la fuente y reteica

Sobre este punto, igualmente la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL2973 de 2019 ha señalado que tales conceptos deben ser solicitados ante las entidades ante las cuales se efectuó el pago, esto es la DIAN y la Superintendencia de Industria y comercio y por una vía distinta al proceso ordinario laboral, razón suficiente para absolver a la demandada de esta pretensión.

Sin costas en esta instancia, las de primer a cargo de la demandada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante YENNY ESPERANZA MUÑOZ y la demandada PROMECOL ROA S.A.S., vigente entre el 3 de junio de 2014 al 2 de enero de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROMECOL ROA S.A.S., a pagar a favor de la demandante, las siguientes sumas de dinero por los conceptos descritos a continuación:

- Cesantías: \$6.387.785
- Interés a la cesantía: \$700.399
- Prima de servicio: \$5.008.470
- Vacaciones: \$3.193.892

Las anteriores sumas deberán ser indexadas al momento de su pago, conforme lo señalado en la parte motiva del presente pronunciamiento.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a efectuar a favor de la demandante el pago de cálculo actuarial con destino al fondo pensional en que se encuentre afiliada la demandante o el de su preferencia, por la

vigencia de la relación laboral cuya existencia se determinó y teniendo en cuenta para el efecto las bases salariales descritas en aparte pertinente de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones en su contra.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer a cargo de la demandada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2019-0637-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GUILLERMO ENRIQUE SALCEDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de febrero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Colpensiones, Protección S.A., y la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor GUILLERMO SALCEDO MORA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizara el RAIS a través de Protección S.A.,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ordenándole reportar en su sistema dicha novedad y trasladar todos los saldos depósitos en su CAI, junto con frutos e intereses con destino a Colpensiones, ordenando a esta última recibir los dineros objeto de traslado y reconocer y pagar a su favor pensión de vejez a partir del 18 de septiembre de 2018, junto con retroactivo e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 18 de septiembre de 1956, contando a la fecha de presentación de la demanda con 1820 semanas de cotización, ya que empezó a cotizar al sistema pensional desde el año 1980, permaneciendo afiliado al ISS hasta octubre de 1997, que la AFP Protección S.A., le entregó formulario de afiliación en respuesta a derecho de petición por él elevado, que suscribió dicho formulario bajo influencia de la AFP en mención y sin que mediara para el efecto una explicación sobre su expectativa pensional y las implicaciones que tendría el traslado de régimen, que dicho formulario no contiene los derechos y obligaciones recíprocas cuando media un traslado de régimen, que no se le dio a conocer que el promotor de su afiliación tenía conocimientos sobre el cambio de régimen pensional.

Refiere que tampoco se le indicó en qué condiciones sería reconocido su derecho pensional, cómo acceder a pensión anticipada, los posibles riesgos del traslado, las prestaciones y modalidades propias del RAIS, ni sobre la posibilidad de retornar al RPM cuando tuviera en el RAIS 3 o 5 años de permanencia y presentó derecho de petición ante Colpensiones y Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de demanda, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 5, 6, 8 y 37 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó validez de las afiliaciones a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 4, 5, 35 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada entre el demandante a la AFP Protección, efectuada el 12 de septiembre de 1997.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al RAIS y por tanto siempre permaneció en el RPM.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la CAI tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del CC y gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A devolver a Colpensiones lo que haya deducido de los aportes a pensión por gastos de administración con motivo de la afiliación celebrada por el demandante.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado, actualizar y corregir su historial laboral. Una vez reciba estos dineros de la AFP Protección.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar una prestación económica por el riesgo de vejez de conformidad con los presupuestos normativos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 a favor del demandante a partir de que este último acredite su retiro definitivo del sistema, prestación que deberá reliquidar de acuerdo al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, en 13 mesadas pensionales.

SEPTIMO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar el retroactivo pensional a favor del demandante lo aportes correspondientes al sistema de seguridad social en salud.
(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el artículo 13 letra B de la Ley 100 de 1993, indicaba que la elección de uno u otro régimen pensional debía ser libre y voluntaria, que al respecto, el Decreto 692 de 1994, consagraba que dicha selección conllevaba a la aceptación del régimen elegido, que acogiendo a la doctrina probable esbozada al respecto la Corte Suprema de Justicia, esta habíapreciado que el deber de información hacia referencia a la puesta de presente al afiliado de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensoinales para que el afiliado pudiera conocer con exactitud las diferencias de cada uno de ellos, lo que implicaba un parangón entre las ventajas y desventajas objetivas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de cada uno de los regímenes y consecuencias del traslado, criterio reiterado entre otras en sentencia SL 1743 de 2021, que dicha obligación debía estar presente desde la antesala de la afiliación y garantizarse al afiliado lego, que igualmente en las sentencias SL 1421 y 1488 de 2019, indicó que el libre albedrío en materia de seguridad social, no se limitaba a una simple manifestación de voluntad, sino que debía mediar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias que acarrearía el traslado y ello no se suplía con la suscripción del formulario de afiliación y sus cláusulas genéricas.

Que dicha corporación había reiterado que a la AFP que promovió el traslado, le correspondía probar el suministro de la información en los términos señalados por la jurisprudencia, para lo cual, se había aportado formulario de afiliación suscrito por el actor, constancia de reasesoría pensional e interrogatorio de parte absuelto por este, en el que había reiterado que al momento de su traslado no recibió ningún tipo de información referente a las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y en la reasesoría mencionada, la misma no fue bajo los términos del criterio jurisprudencial en cita, ya que no da cuenta entre otras, de la posibilidad de retornar al RPM, antes del cumplimiento de los 52 años; concluyéndose que la AFP Protección, no cumplió con la carga de la prueba tendiente a demostrar el suministro del deber de información al demandante, oportunidad que se juzga en el momento del traslado y no con posterioridad, por lo que debía desestimarse cualquier reasesoría realizada con posterioridad como igualmente lo había sostenido la CSJ, lo que permitía inferir la ausencia de libertad informada en el caso del actor, lo que generaba la ineficacia de la afiliación realizada por este, lo que conllevaba a declarar que nunca se había trasladado del RPM, debiéndose ordenar a Protección a trasladar a órdenes de Colpensiones los dineros por concepto de cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, los que debía asumir con su propio patrimonio.

En cuanto al reconocimiento pensional indicó que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 indicaba los requisitos para acceder a dicha prestación, que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

para los hombres era el cumplimiento de 62 años de edad y 1300 semanas de cotización 26:57

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Old Mutual S.A.**, señaló en su recurso que para el año 1999, la demandante se había trasladado de régimen para lo cual firmó el formulario de afiliación y este era el único documento que se requería para la fecha y que validaba el traslado de régimen, que si bien existía un deber de información por parte de las AFP desde su creación, la jurisprudencia también había indicado que dicho deber ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo; sin embargo no se había hecho la debida interpretación de la norma vigente para el efecto en el año en que se trasladó la demandante, pues respecto a dicho momento se encontraban vigentes la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 del mismo año, según el cual, los afiliados debían tener una información necesaria para el momento de su afiliación para evitar una coacción en su decisión de traslado de régimen, la que no se había evidenciado para el caso de la demandante ya que de su interrogatorio se podía establecer que había recibido una asesoría previa a la firma del formulario en la que se le había dado una información de las características del RAIS y el hecho de que no se le hubieran realizado proyecciones, no implicaba el incumplimiento de dicho deber.

Señaló que en realidad la inconformidad de la demandante no recaía sobre el deber de información sino con el monto de la mesada pensional, y ello no era suficiente para determinar una ineficacia de traslado de régimen pensional, ya que para dicha data no era posible determinar el valor de la mesada de la demandante. En cuanto a la condena de devolver rendimientos y gastos de administración de manera conjunta, no resultaba coherente aplicar la figura de la ineficacia en unos sentidos y otros no, entendiéndose que el acto jurídico de traslado nunca se había realizado, por lo que los frutos generados por los aportes en virtud de dicha afiliación, se debía entender que nunca se generaron, lo que desconocía que la AFP había tenido que incurrir en unos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

gastos que fueron descontados por virtud de la Ley, siendo procedente entonces devolver los gastos pero no los rendimientos.

En cuanto a las primas de seguros previsionales, también constituían un descuento legal autorizado que no se encontraba en poder de esa AFP, como quiera que se habían trasladado a las aseguradoras para la protección del afiliado de las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

Por su parte **Colpensiones** recurrió señalando que conforme el precedente de la Corte Suprema de Justicia debía analizarse en cada caso particular y la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con expectativa legítima pensional al momento de su traslado aunado a que no se había probado la existencia de vicios del consentimiento, para declarar la nulidad del traslado, el que se había hecho en forma libre, voluntaria y sin presiones la que ratificó con la suscripción del formulario al RAIS, debiendo probar la actora conforme el artículo 167 del CGP el supuesto de hecho de la norma que invocaba como aplicable y también se debía revocar el reconocimiento pensional invocado como quiera que esa entidad no conocía la situación pensional actual de la demandante y también había lugar a disponer el traslado de la totalidad de los aportes depositados en el RAIS, sin descuento alguno.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora OLGA LUCÍA PEDRAZA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la entonces Pensionar hoy Old Mutual S.A., el 1 de mayo de 1999, como se verifica de copia del mismo aportada por esta demandada y por la parte demandante al plenario digital.

En este orden, sea lo primero señalar que como cuando en este caso se alega la falta al deber de información, lo peticionado se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Suprema de Justicia, línea jurisprudencial que ha indicado en sentencias con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; entre muchas otras proferidas en estos asuntos que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Old Mutual S.A., ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Olga Pedraza, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada en mención, AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Old Mutual S.A., también en sus alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta. Lo anterior por cuanto el formulario suscrito por la demandante ante esta AFP no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la actora, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Aunado a lo anterior, dicho deber de información no se puede entender por suministrado con las afirmaciones de la demandante al absolver interrogatorio de parte, pues como lo indica la misma recurrente, de su dicho únicamente se puede establecer que le pusieron de presente las **ventajas** del RAIS, más no ninguna de las desventajas que le representaría su traslado de régimen pensional, como tampoco el paralelo de pertenecer a dicho régimen o de permanecer en el RPM.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones también en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló alegó la omisión en el deber de información por parte de las administradoras a las cuales se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones esbozado en alegaciones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

De igual forma, no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de Old Mutual S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguro, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Ahora, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones para que esta acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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

PENSIÓN DE VEJEZ

Resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de **apelación y consulta** a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión de pensión de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Old Mutual S.A., los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración como consecuencia de la ineficacia que se confirmará en esta oportunidad, **escenario en el cual, deberá analizar la normatividad aplicable a la demandante y determinar si es o no beneficiaria del régimen de transición que invoca**; razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, debiéndose entonces REVOCAR los numerales SEXTO y SÉPTIMO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: REVOCAR los numerales **SEXTO y SÉPTIMO** de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá
Proceso Ordinario Laboral No. 11201900067-01 Dte: GUILLERMO SALCEDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Mo - [Signature]

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

[Signature]
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2019-00428-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: TIBERIO AROCA GONZÁLEZ

DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada UGPP revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor TIBERIO AROCA GONZÁLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que reconozca y pague la pensión de jubilación convencional por cumplir con los requisitos establecidos en la CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO (1998-1999) suscrita por el Empleador CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y



MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO; que se declare que la pensión de jubilación convencional es compartida con la pensión de vejez reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, es decir, al cumplimiento de la edad de 55 años, el 05 de octubre del 2013; que se reconozca la pensión de jubilación convencional indexando el último salario; que se indexe cada una de las mesadas adeudadas; que se le reconozca la mesada 14 junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 4 a 5 archivo 001.2019-428 EXPEDIENTE FISICO).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 05 de octubre de 1958, por lo que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2013; que prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A. en Liquidación desde el 14 de abril de 1978 al 28 de junio de 1999; que desempeñó el cargo de Subdirector II Grado 06; que laboró un total de 21 años y 74 días; que el salario devengado durante el último año de servicios ascendió a la suma de \$1'870.423; que el 22 de enero del 2019 solicitó reconocimiento del derecho pensional convencional, sin obtener una respuesta favorable; que Colpensiones mediante la Resolución GNR 46873 del 20 de febrero del 2014 le reconoció una pensión de vejez a partir del 05 de octubre del 2013 en cuantía de \$1'060.595 y \$1'081.171 para el año 2014; que al liquidarse la pensión convencional e indexar su primera mesada pensional arroja una mesada inicial de \$3'005.784. (fls. 5 a 7 archivo 001.2019-428 EXPEDIENTE FISICO).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 10; negó el 9 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó a partir del AL 01 de 2005 las pensiones se causan siempre cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del



Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ausencia de fundamentos jurídicos, normatividad aplicable en materia de liquidación de la eventual pensión que pudiese reconocer el Despacho; aplicación de los correspondientes descuentos de las sumas que eventualmente se reconozcan con destino al Sistema General de Salud, prescripción, buena fe y la innominada. (archivo “02.Contestación Demanda 21-07-2020”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reconocer y pagar al demandante TIBERIO AROCA GONZALEZ, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.619.240, la pensión de jubilación convencional a partir del 5 de octubre de 2013 en cuantía de \$ 3.006.312, con sus respectivos ajustes anuales debiendo cancelar el respectivo retroactivo pensional causado debidamente indexado a la fecha que se haga efectivo su pago, así mismo se autoriza que se verifique respectivo descuento de los aportes destinados al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte accionada dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma de \$1 SMLMV

CUARTO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el demandante laboró para la Caja de Crédito, Agrario, Industrial y Minero del 14 de mayo de 1978 al 27 de junio de 1999 (21 años, 2 meses y 13 días); que fue retirado antes de cumplir la edad de 55 años de edad, lo cual ocurrió el 05 de octubre del 2013; que el actor cumplió los requisitos para la pensión convencional en vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad; que cumplió requisitos antes del 31 de julio del 2010; que tiene derecho a una pensión convencional a partir del 05 de octubre del 2013; que según la convención la pensión corresponde al 75% de lo devengado en el último año de servicios; que una vez indexada la



primera mesada pensional le corresponde una mesada inicial de \$3'006.312, la cual deberá reajustarse anualmente.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **UGPP** interpuso recurso de apelación argumentando que mediante acto administrativo RDP 016918 del 05 de junio del 2019 se resolvió negar el reconocimiento de la pensión convencional toda vez que el demandante no tuvo en cuenta que para su reconocimiento conforme a la convención colectiva de trabajo es requisito acreditar 20 años de servicios y cumplir 55 años de edad (hombres) antes del 31 de julio del 2010. Que este último requisito no lo cumplió. Que las convenciones perdieron vigencia por el AL 01 del 2005 a más tardar el 31 de julio del 2010. Que se entiende que hay un derecho adquirido cuando se han reunido todos los requisitos para su causación (edad y tiempo de servicio). Que la edad es un requisito de causación. Que las convenciones colectivas de trabajo con establecimiento de derechos pensionales perdieron vigencia por orden misma de la CP artículo 48 adicionado por el AL 01 del 2005. Que respecto a la mesada adicional si en algún momento se llegó a fijar se debe revocar pues conforme al AL 01 del 2005 no se podrá recibir más de 13 mesadas al año y el actor no cumple con los requisitos establecidos para que de manera excepcional tenga derecho a la mesada 14. Que no tiene derecho a la pensión de jubilación convencional y, por tanto, tampoco a la indexación, a la mesada 14 y al retroactivo.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate la relación laboral sostenida por el demandante y la Caja de Crédito Agrario Industrial, la que tuvo vigencia, de manera ininterrumpida entre el 14 de abril de 1978 al 27 de junio de 1999, esto es, por más de 20 años conforme se observa de certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (fl. 33 archivo 001. 2019-428 EXPEDIENTE FISICO).



Determinado lo anterior, la Sala analizará si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión contemplada en el art. 41 de la convención colectiva con vigencia 1998-1999, no habiendo ofrecido reparo que fue beneficiario de dicho instrumento cuando se encontraba vigente el vínculo laboral que sostuvo con la extinta Caja Agraria.

Ahora, en lo que refiere a la interpretación del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, conforme al criterio que impera en la Sala de Casación Laboral¹, al tratarse la prestación petitionada de una pensión de jubilación regulada por el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Crédito Público y la organización sindical Sintracreditario, es posible contrastar la prestación que se reclama con lo normado en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, toda vez que para la causación del derecho pensional se requiere cumplir únicamente con el tiempo de servicios, esto es, 20 años continuos o discontinuos al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero siendo la edad de 55 años en el caso del demandante, simplemente un requisito de exigibilidad, mas no de causación.

Así las cosas, de la simple lectura del párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo que se analiza, lo que se infiere sin mayor esfuerzo es que convencionalmente no se acordó que junto con el tiempo de servicios el trabajador activo tenía también que cumplir la edad correspondiente, puesto que lo que dice la norma convencional es que el trabajador que se retira o es retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años en el caso de los hombres o del actor, y 50 en el caso de las mujeres, tienen derecho a la pensión convencional de jubilación **una vez cumplan la edad mencionada**, siempre y cuando haya reúna el requisito de 20 años de servicios prestados a la institución, tiempo se acredita en el presente caso.

En consecuencia, procede reiterar a la entidad recurrente que el cumplimiento de la edad requerida en la convención bajo análisis, no es más que un requisito habilitante o de exigibilidad que no puede confundirse con la

¹ CSJ SL289 Rad.62107 del 14 de febrero de 2018, SL526 Rad.63158 del año 2018 y SL5030 de 2019.



naturaleza de causación de la cual si goza el cumplimiento de tiempo de servicios.

Considera la Sala que la interpretación que realizó el juzgado respecto del párrafo transitorio 3° del Acto legislativo 01 de 2005 es acertada, ya que en el presente caso la situación pensional de carácter convencional del actor se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, a la fecha de su retiro del servicio, que quedó determinado, ocurrió antes del año 2005, y por lo tanto, con posterioridad al 31 de julio de 2010, al demandante solo le bastaba alcanzar la edad de los 55 años de edad como única exigencia para consolidar el derecho pensional, los que alcanzó el 05 de octubre del 2013 (fl. 28 archivo 001. 2019-428 EXPEDIENTE FÍSICO), sin que el límite temporal del 31 de julio de 2010 que estableció el legislador lo afectara, toda vez que la disposición contenida en la primera parte del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, le permitió conservar la expectativa de acceder al derecho pensional, como en efecto ocurrió. En consecuencia, tiene derecho al reconocimiento pensional que deprecia en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo visible a folio 61 y s.s. del archivo 001. 2019-428 EXPEDIENTE FÍSICO.

Reconocimiento que debe ser efectuado por la demandada, en virtud de lo previsto en los Decretos 255 de 2000 y 2842 de 2013, este último le otorgó a la entidad demandada la competencia para asumir el pago de las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, quedando acreditado en el presente que por ser la prestación a reconocerse, de naturaleza convencional, estaba a cargo de la empleadora del actor, debiendo ser su pago asumido por la demandada.

De otra parte, en el trámite procesal quedó probado que el actor goza de pensión de vejez que le fuera reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, frente a lo cual, procede señalar que de antaño lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que la pensión convencional bajo estudio, tiene el carácter de **compartible** con la de vejez reconocida en este caso por Colpensiones, así lo reiteró en



pronunciamiento 76633 del 30 de octubre de 2019, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán:

Para lo anterior, resulta necesario precisar que esta Sala de la Corte ha indicado que la regla general es que las pensiones de jubilación de origen extralegal y la de vejez, cuando aquella se causa con posterioridad al 17 de octubre de 1985, se tornan compartibles, lo que constituye el fundamento esencial de la decisión del tribunal para absolver a la demandada, en tanto dedujo que el derecho pensional fue reconocido el 1º de diciembre de 1987. En sentencia CSJ SL2963-2018, 25 de jul. 2018, se explicó:

Subrogación y compartibilidad

Dada la naturaleza de las pensiones, el legislador desde los inicios del derecho laboral, con la expedición de la Ley 6ª de 1945, previó que el pago de estas sería asumido por el Seguro Social Obligatorio, organización que objetivamente se entendía le resultaba garantista a los asalariados frente al cumplimiento de la referida obligación; pero ante la inexistencia material de dicha entidad en ese momento, pues su surgimiento data de la expedición de la Ley 90 de 1946 y, mientras pudiera hacer efectiva su función, cosa que empezó a ocurrir después del 1º de enero de 1967 de forma paulatina en el país, radicó en cabeza de los empleadores el deber de reconocer y pagar las pensiones.

Posteriormente, y ante el hecho de que los trabajadores pueden ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma como a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación; así expidió el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que claramente dispuso:

COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, **el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.** (Negrillas y subrayado de la Sala).

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

Conforme criterio jurisprudencial en cita, al haberse causado el derecho pensional de jubilación del actor como se vio, con posterioridad al 17 de octubre de 1985, esta resulta compartible con la de vejez que le reconoció



COLPENSIONES debiendo reconocer la aquí demandada el mayor valor causado entre la de vejez reconocida por Colpensiones y la de jubilación aquí reconocida, lo cual se estudia en consulta y se adicionará la sentencia en este aspecto.

En cuanto al término prescriptivo, aspecto que se revisa en **consulta**, pues la falladora de primera instancia omitió referirse de manera expresa a la excepción de prescripción propuesta por la ejecutada, debe decirse que es bien sabido que el derecho pensional objeto de discusión al interior del presente proceso es imprescriptible, no así, sobre las mesadas pensionales que se causen con ocasión al reconocimiento de la prestación y que no sean reclamadas en el término de tres años siguientes a su causación, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo anterior, en el presente caso a folio 28 (archivo 001. 2019-428 EXPEDIENTE FÍSICO) se observa que el actor alcanzó los 55 años de edad el 05 de octubre del 2013, presentando la primera reclamación ante la demandada de la pensión bajo estudio, el 21 de enero del 2019, como se observa a folio 20 (archivo 001. 2019-428 EXPEDIENTE FÍSICO) y, se impetró la presente demanda, el 20 de junio del 2019 (fl. 124 archivo 001. 2019-428 EXPEDIENTE FÍSICO), por lo que se equivocó la falladora de primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción, por lo que se modificara el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada para en su lugar **declarar probada la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 21 de enero del 2016.**

En cuanto a la liquidación de la mesada pensional, se observa que en documental visible a folios 33 (archivo 001. 2019-428 EXPEDIENTE FÍSICO), el Ministerio de Agricultura, señaló los valores del factor fijo y factor variable devengados por el actor en el último año de servicios, liquidación que se ajusta a las previsiones del parágrafo 3 del artículo 41 de la convención colectiva cuya aplicación se invoca, teniendo como resultado la suma de \$1'870.423. Por tanto, se tendrá como salario promedio del último año de servicios la suma de **\$1'870.423**, suma señalada por el *A quo*. A esta suma se le debe aplicar



una tasa de reemplazo del 75% y dicho resultado debe ser indexado al 05 de octubre del 2013, actualización que es procedente para todas las pensiones, con independencia de su origen, cuestión que se definió por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 29022 del treinta y uno (31) de julio dos mil siete (2007).

Indexación Primera Mesada Pensional						
Año Inicial	Año final	Salario Promedio	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Subtotal
1999	2013	\$ 1.870.473,00	36,420	78,050	2,143	\$ 4.008.416,12
Primera Mesada Pensional						
Ingreso Base Liquidación						\$ 4.008.416,12
Porcentaje aplicado						75%
Primera mesada						\$ 3.006.312,09

Liquidada la primera mesada pensional en los anteriores términos, se observa que se obtiene que la primera mesada pensional a reconocer por la entidad demandada, para el año 2013 ascendería a \$3'006.312, tal y como lo señaló la falladora de primera instancia, por lo que habrá de confirmarse este punto.

En cuanto a la inconformidad presentada por la UGPP frente a la mesada 14 no se hará ningún pronunciamiento como quiera que no se evidencia que la falladora de primera instancia haya impartido condena por ese concepto.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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



DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 21 de enero del 2016.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia para recurrida para DECLARAR que la pensión aquí reconocida es compatible con la de vejez que le preconoció COLPENSIONES, por lo que la aquí demandada deberá pagar únicamente el mayor valor causado entre la de vejez y la de jubilación.

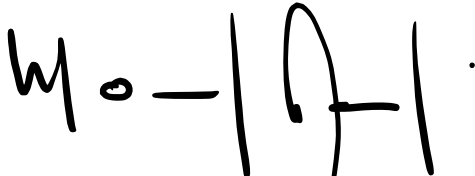
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2017-00743-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: MYRIAM PATRICIA ROJAS LÓPEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y Colpensiones y del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de noviembre del 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MYRIAM PATRICIA ROJAS LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Colpensiones es la competente para reconocer su pensión de invalidez; que le reconozca y pague una pensión de invalidez a partir del 21 de febrero



del 2013 fecha en la que se estructuró su invalidez por reunir los requisitos establecidos en la Ley 860 del 2003, junto con los intereses moratorios y la indexación de las mesadas adeudadas, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias solicitó se condene a la AFP PROTECCIÓN a reconocer y pagar su pensión de invalidez. (fls. 8 a 11 archivo 01ExpedienteDigitalFolios1a63).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 08 de marzo de 1963, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 54 años de edad; que se afilió el 19 de mayo de 1988 al ISS hoy Colpensiones donde cotizó para los riesgos de IVM un total de 1107.71 semanas; que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 18 de octubre del 2013; que mediante Dictamen N° 7524 del 13 de diciembre del 2016 la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila le determinó una PCL del 65.73% de origen común y con fecha de estructuración del 21 de febrero del 2013; que cotizó 154.44 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; que el 17 de febrero del 2017 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de una pensión de invalidez y el 19 de octubre del 2017 la solicitó ante la AFP PROTECCION S.A. sin obtener una respuesta favorable. (fls. 7 a 8 archivo 01ExpedienteDigitalFolios1a63).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2 y 13; negó el 6 y 9 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en



Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica. (fls. 62 a 73 archivo 02ExpedienteDigitalFolios64a128).

Por su parte, la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 13 y 4; negó el 5, 6, 11 y 12 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (fls. 1 a 8 archivo 04ExpedienteDigitalFolios130a181).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que MYRIAM PATRICIA ROJAS LÓPEZ es beneficiaria de una pensión de invalidez, reconocida a la luz del artículo 39 de Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, la cual deberá ser pagada por COLPENSIONES, mientras subsistan las condiciones que le dieron origen.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a MYRIAM PATRICIA ROJAS LÓPEZ, las mesadas correspondientes a la pensión de invalidez a partir del 31 de marzo de 2017, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, por 13 mensualidades, prestación a la que se deberá aplicar los respectivos ajustes anuales, conforme a lo dicho en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a MYRIAM PATRICIA ROJAS LÓPEZ, el retroactivo de las mesadas pensionales causado desde el 31 de marzo de 2017 y hasta la fecha en que se incluya en nómina el presente reconocimiento pensional, que a la fecha de hoy asciende a la suma de \$ 48.820.113,57

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a MYRIAM PATRICIA ROJAS LÓPEZ los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas reconocidas en el numeral anterior, contados desde el 31 de marzo de 2017 y hasta el momento que se incluya en nómina la prestación pensional.

QUINTO: ABSOLVER a PROTECCIÓN de todas las pretensiones incoadas en su contra.



SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada COLPENSIONES. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se ha determinado la importancia de los dictámenes de calificación de PCL por emanar de autoridades científico técnicas dispuestas por el legislador, las cuales deben respetars; que la CSJ ha determinado que no constituyen una prueba definitiva o inmodificable en el marco del proceso ordinario; que se ha destacado por parte de la Corte que dichas experticias constituyen una prueba más dentro del proceso, la cual puede ser valorada por el Juez de manera libre dentro del marco de su libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento, por lo que el estado de invalidez no constituye una situación ajena a los jueces sino que por el contrario es precisamente el Juez del trabajo el que tiene la facultad jurisdiccional para determinar el estado de invalidez y todas sus variables asociadas, esto es, entre otras el origen, la fecha de estructuración y el porcentaje de PCL; que para estos fines el Juez cuenta con el caudal probatorio. Que respecto a la PCL de la demandante se tiene que el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizado el 13 de diciembre del 2016 en el que se tuvo en cuenta la gammagrafia del 09 de julio del 2012, el dictamen de la Junta Nacional de Invalidez elaborado el 21 de febrero del 2017 y la consulta de medicina interna de reumatología del 08 de abril del 2016, los diagnósticos de la demandante fueron lupus eritematoso, sistemático con compromiso articular y dermatológico, hipotiroidismo, síndrome del túnel del Carpio derecho, epicondilitis bilateral y fibromialgia, valoración del rol ocupacional y otras áreas ocupacionales, deficiencias en las que aparece un total de porcentaje asignado de 43.93. Que se aparta del dictamen realizado dentro del proceso pues no le da pleno apoyo al Despacho teniendo en cuenta que el perito al inicio de sus consideraciones siempre habló de que se trataba de una enfermedad degenerativa; que la Junta Nacional intervino para resolver el recurso de apelación contra el dictamen de la Junta Regional; que fue necesario explicarle al perito que no se trataba de un recurso de apelación sino de un nuevo dictamen decretado al interior del proceso. Que frente a la calificación de la Junta Regional del



Huila no se presentó ningún recurso ni por parte del demandante ni de Colpensiones entidad a la cual se encontraba afiliada la actora encontrándose el dictamen en firme, por tanto, lo que observa el Despacho luego de valorar el dictamen emitido por el perito es que comenzó a desvirtuar o a refutar el dictamen de la Junta Regional del Huila como si se tratara de un recurso, explicando algunas falencias que consideraba el perito había incurrido la junta regional o como si se tratara de una nulidad del dictamen; que se debe resaltar que el dictamen de la junta de calificación está vigente y no tiene ninguna observación por parte de las entidades o personas que intervinieron en aquel momento; que lo que debió haber hecho la Junta Nacional era rendir un dictamen señalando cual era la PCL que tenía la demandante; que lo que hace el perito es una comparación y señala cuales eran los yerros que para él cometió la Junta Regional señalando que se sobrevaloró pero esas sobrevaloraciones no fueron explicadas en detalle en el dictamen rendido ni con la explicación del perito, que el perito realiza las explicaciones de manera general sin especificar efectivamente cuál es ese diagnóstico, imagen o parte de la historia clínica que le hacía pensar una situación diferente; que tal y como lo dice el perito y como aparece en todos los dictámenes la demandante tiene una enfermedad degenerativa, por lo que llama la atención del Despacho que al ser una enfermedad degenerativa, la cual dice el perito debió haber evolucionado no en su mejoría sino “en peor” el último examen que él realizó fue en el del 2016 sin que se evidenciara cual es esa evolución del dictamen aunque señaló que no podría haber mejoría porque es una enfermedad degenerativa; que en la historia clínica no aparecía un nuevo examen de esa enfermedad y que por ende se revisó el del 2016, pese a que explicó que en los casos de enfermedades degenerativas si era viable ordenar unos exámenes, no entiende el Despacho como la Junta Nacional actuando como perito no haya agotado esas órdenes para esclarecer pese a lo solicitado; que también entró en imprecisión porque en el dictamen aparece como fecha de estructuración el 20 de junio de 2019 que según el perito coincide con la del concepto de fisiatría, sin embargo, en ese concepto de fisiatría no coincide la fecha; que no hay ninguna referencia de la historia clínica para el año 2017 y 2018; que no se entiende cómo es posible que del 2016 al 2019 no haya historia



clínica que apreciar para poder ver la evolución de la enfermedad degenerativa; que esa PCL podría hacerse cada año porque las enfermedades van evolucionando; que el Despacho se pregunta cuál es la evolución que ha tenido la demandante del 2016 al 2019; que el punto de partida que tiene la Junta Nacional en la prueba que hoy se discutió o se controversió es un examen de psiquiatría dejando de lado el más importante que es la gammagrafía que se hizo en el 2016 y que el mismo perito señala que de hacerse se debería observar un mayor deterioro en la salud de la demandante; que encuentra el Despacho varias falencias que no fueron explicadas por el perito para poder señalarle al Despacho que la Junta Nacional con el dictamen que se ordenó dentro del proceso evaluó toda la historia o evolución de la trabajadora para establecer que efectivamente había superado su PCL; que si en principio el perito estaba bajo el convencimiento que se trataba de un recurso de apelación hasta después de habersele aclarado dos y tres veces, no se entiende como la tabla de deficiencias varía tanto entre la Junta Regional del Huila y la Junta Nacional, lo cual no se explica en el nuevo dictamen; que frente a la discusión de que si el túnel carpiano se debía tener en cuenta o no también el perito entró en contradicción; que todas las contradicciones en que incurrió el perito hacen que el Despacho se separe de ese dictamen; que se tendrá en cuenta el dictamen del 2016 (Junta Regional) como el dictamen vigente más cuando efectivamente las entidades no lo objetaron y que no se ha demandado para invalidar la junta Regional; que lo único que se tendrá en cuenta del dictamen de hoy en cuanto que se trata de una enfermedad degenerativa; que tiene cumplidos los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, pues tiene una PCL superior al 50% y cuenta con las semanas necesarias con fecha de estructuración del 21 de febrero del 2013. Que a la entidad a la que le corresponde asumir el derecho pensional teniendo en cuenta que contrario a lo establecido por Colpensiones y tal y como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia la entidad que debe resolver o reconocer el derecho pensional es la entidad a la cual se encontraba afiliada la demandante para la última cotización que realizó la misma y en ese caso es Colpensiones; que la Corte hay dicho que se deben tener en cuenta las cotizaciones así se hagan con posterioridad a la fecha de estructuración de



la invalidez; que se debe reconocer la pensión de invalidez a partir del 31 de marzo del 2017 lo cual coincide con la última cotización; que cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. En cuanto a los Intereses moratorios se causan desde el 31 de marzo del 2017 y hasta cuando se le incluya en nómina. Que la indexación es incompatible con los intereses moratorios.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que se comparten los argumentos frente al reconocimiento de la prestación, sin embargo, no se comparte que el Despacho haya adoptado el Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el cual se establece como fecha de estructuración el 29 de febrero del 2013 y no reconozca la pensión desde esa fecha. Que si lo anterior, no sale avante la pensión no se debe reconocer desde el 31 de marzo del 2017 como lo hizo el Despacho sino desde el 21 de marzo del 2017 fecha en que se registró la novedad de retiro conforme la Historia Laboral.

Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando que la llamada a realizar el reconocimiento pensional es la AFP PROTECCION pues la demandante se encontraba afiliada a dicha entidad para la fecha en la que se le estructuró la invalidez, por lo que existe falta de legitimación en la causa por pasiva para el reconocimiento de la pensión. Que se señaló que la enfermedad de la demandante era degenerativa, sin embargo, la Juez se aparta del Dictamen que se realizó en el curso del proceso y no tiene en cuenta que en los otros dos dictámenes en ninguno aparece que la enfermedad que padece la demandante sea degenerativa. Que si vamos a tener en cuenta el Dictamen de la Junta Nacional que se ordenó en este proceso en él se estableció una PCL del 41.78%, lo cual es inferior al 50% por lo que la demandante no tiene derecho a la prestación reclamada. Que no se debe condenar al pago de intereses moratorios, pues ni siquiera existía certeza de quien debe responder por la prestación reclamada. Que no se



encuentran satisfechos los requisitos para acceder a la prestación reclamada.

CONSIDERACIONES

Resulta pertinente recordar que el artículo 6° del Decreto 2463 de 2001 determinó que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda, y, que las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez.

Por su parte el artículo 44 del Decreto 1352 de 26 de junio de 2013 *“Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones”*, establece **que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez serán dirimidas por la Justicia Laboral Ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente.**

Igualmente, en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, se estableció:

“(…) En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. ...”



Ahora bien, la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, de acuerdo con el cual, el dictamen debe fundamentarse en consideraciones de orden fáctico donde se relacionan los hechos ocurridos que dieron lugar, en este caso, a la enfermedad; y el diagnóstico clínico que debe estar soportado, entre otros, en la historia clínica y la historia ocupacional.

En el mismo sentido, el artículo 51 del Decreto 1352 de 2013 determina que los fundamentos de la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral, son de hecho y de derecho, siendo los primeros, aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia según se trate de accidente, enfermedad o muerte, los cuales independientemente de quién es el actor responsable de la información debe estar anexa en el expediente a radicar conforme lo dispone el art. 30 ibídem, al paso que los segundos, son todas las normas que se aplican al caso concreto.

Descendiendo al caso bajo estudio, observa la Sala que no fue objeto de reproche que la señora Myriam Patricia Rojas López fue calificada en primera oportunidad por Colpensiones en la cual se le determinó una PCL del 30.62% de origen común y con fecha de estructuración del 21 de abril del 2016 según los criterios establecidos en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez adoptado por el Decreto 1507 de 2014 (fl. 10 a 16 archivo 02ExpedienteJuntaNalCalificación carpeta 16MemorialExpedienteDteJuntaNalCalificacionInvalidez20201127) y, que posteriormente, fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila mediante dictamen N° 7524 del 13 de diciembre del 2016 en el cual se le valoró los diagnósticos de LUPUS ERITEMATOSO SISTEMICO COMPROMISO ARTICULAR Y DERMATOLOGICO, HIPOTIROIDISMO, SINDROME DEL TÚNEL DEL CARPIO DERECHO y FIBROMIALGIA y se determinó que la demandante tenía una **PCL del 65.73%** de origen común con **fecha de estructuración del 21 de febrero del 2013**. (fls. 36 a 39 archivo 01ExpedienteDigitalFolios 1 a63).



Tampoco se controvierte que conforme lo certifica el 18 de enero del 2017 la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila no se interpusieron recursos contra el Dictamen emitido por dicha junta por lo que se encuentra en firme. (fl. 40 archivo 01ExpedienteDigitalFolios 1 a63).

Adicionalmente, se debe dejar sentado, que en el presente proceso no se controvierte el dictamen N° 7524 del 13 de diciembre del 2016 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, el cual como ya se dijo, se encuentra en firme, pues la presente demanda no fue promovida contra dicho dictamen, sino únicamente pretendiendo el reconocimiento de una pensión de invalidez.

Por tanto, se equivocó la falladora de primera instancia, al solicitar un nuevo dictamen dentro del proceso con el fin de determinar el porcentaje de PCL y la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante, como quiera que al no haberse interpuesto recurso ni por Colpensiones, ni por la demandante contra el Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila éste se encuentra en firme y al no haber sido controvertido en este proceso no hay lugar a modificarlo, pues desbordaría con ello la competencia que le fue asignada al Juez Laboral en este proceso conforme se dejó sentado en la fijación del litigio.

Pensión de Invalidez

Es necesario precisar, que ha sido pacífico el criterio emitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la sentencia 39766 de 2011, que indica que **la normatividad aplicable para estudiar la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de dicho estado** y que para el caso de autos se reitera **lo fue el 21 de febrero del 2013**, es decir que la pensión debe estudiarse con los presupuestos de la Ley 860 de 2003 que requiere que la persona que haya sido declarada invalida hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.



E el presente caso, la demandante tiene una PCL superior al 50%, exactamente del 65.73%, contrario a lo dicho por Colpensiones, quien sea de paso recordar no interpuso recurso contra el Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila en el que se determinó el porcentaje de PCL de la demandante. Adicionalmente, cuenta con las semanas requeridas conforme se evidencia de la historia laboral expedida por Colpensiones. (carpeta 03CdExpedienteAdministrativoFolio129) Por tanto, es claro que contrario a lo señalado por Colpensiones la demandante reúne los requisitos establecidos por la legislación para acceder a la pensión de invalidez deprecada.

Fecha disfrute pensión de invalidez

De conformidad con el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de la parte interesada y comenzará a pagarse en forma retroactiva desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez. Sin embargo, **la jurisprudencia ha establecido como excepción** en los casos de las enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas que se debe tener en cuenta el tiempo de cotización exigido por la normatividad aplicable con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, como lo indicó entre otras en sentencia SL5576 del 20 de octubre de 2021, oportunidad en que reiteró:

Pues bien, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado que el derecho a la pensión invalidez debe analizarse y dirimirse conforme a la norma vigente al momento de la estructuración de tal condición. En esa perspectiva, la disposición que rige el asunto es el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, toda vez que la pérdida de la capacidad laboral del actor se estructuró formalmente el 18 de octubre de 2011. Por tanto, en principio, es esa data la que debe tomarse como referente para determinar el lapso temporal de los tres años anteriores a la consolidación del estado de invalidez que exige la norma para el cumplimiento de las 50 semanas de cotización, como requisito mínimo para que el asegurado acceda a la prestación periódica por invalidez.

No obstante, respecto del momento a partir del cual se contabiliza el número de cotizaciones en tratándose de afiliados que padecen enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo, como es el caso del accionante, la Corte también ha establecido que es posible tener en cuenta no solo la data formal de estructuración de la invalidez, sino también (i) la de la calificación de dicho estado, (ii) la de la solicitud de reconocimiento pensional, o (iii) la de la última cotización realizada (CSJ SL3275-2019, CSJ SL3992-2019, CSJ SL770-2020 y CSJ SL1718-2021). Lo anterior, dado que estas circunstancias permiten establecer que el afiliado,



pese a la declaratoria formal inserta en un dictamen médico científico respecto a su condición para trabajar, conservó una capacidad laboral y por ello es dable fijar una fecha diferente para establecer el trienio en el que se deba contabilizar el requisito de las 50 semanas de cotización.

Desde luego que esto implica entender el riesgo de invalidez desde una perspectiva diferente, esto es que pese a existir y ser verificado, subsiste una capacidad laboral susceptible de ser amparada por el sistema de seguridad social, hasta que se agote de forma permanente y definitiva.

Además, nótese que el asunto que se analiza gira en torno a una persona que (i) padece una enfermedad de tipo crónica y degenerativa, esto es, «insuficiencia renal crónica, hemodiálisis, diabetes mellitus, ojo ciego derecho e hipotiroidismo», y (ii) aún después de haberse consolidado el estado de invalidez, siguió cotizando al sistema de seguridad social en pensiones hasta el ciclo «abril de 2013».

Al respecto, es relevante precisar que según la Organización Mundial de la Salud -OMS- y la Organización Panamericana de Salud -OPS-, **las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión generalmente lenta y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un estado funcional, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».**

De acuerdo con la OMS, encajan en ese grupo «las enfermedades cardíacas, los infartos, el cáncer, las enfermedades respiratorias y la **diabetes**», en tanto constituyen padecimientos y condiciones que, pese a tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud¹. Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.

De modo que los aportes que una persona trabajadora en estas condiciones efectúe al sistema de seguridad social en pensiones deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento eventual de la prestación, así estos se hagan con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada en un dictamen y, en consecuencia, se reitera, para analizar el requisito de la densidad de semanas es posible computar la última cotización efectuada al estimarse que a partir de allí el individuo tuvo una situación de invalidez en los términos establecidos en el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, esto es, una pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Ahora, no se trata en estricto rigor de que se cambie la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral en el porcentaje requerido para la configuración del estado de invalidez; lo que se permite es la posibilidad que la fecha hito para marcar el trienio en el que se deban cotizar las 50 semanas que exige la Ley 860 de 2003, se pueda fijar también en la de calificación del mencionado estado, de la

¹ Documento técnico del proyecto de desarrollo de autonomía para la prevención y control de las condiciones crónicas en el distrito capital plan de intervenciones colectivas. SDS. 2009.



solicitud de reconocimiento pensional, o la de la última cotización realizada. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como contrario a lo señalado por Colpensiones, nada impedía al juzgador de primer grado tener en cuenta lo dicho por el Perito de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez quien manifestó que la enfermedad denominada ***lupus eritematoso***, la cual padece la demandante es una enfermedad crónica y degenerativa.

De manera que al presentar la actora una enfermedad crónica o degenerativa, nos encontramos frente a una enfermedad que por efectos de su progresión o los diferentes estadios que la misma puede presentar, tal y como lo ha explicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 3852-2022, la afiliada no pierde de manera definitiva su capacidad real laboral en aquella data que se fija como estructuración de la PCL, en la medida que, al seguir laborando, desvirtúa dicha precisión, lo cual se denomina capacidad laboral residual, la cual, según la Corte, «consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas».

No pudiendo señalarse que las cotizaciones efectuadas por el demandante a partir del año 2013 tienen connotación de defraudatorias del sistema, pues en el plenario no obra prueba de tal actuar contrario a la Ley, máxime si se tiene en cuenta que la demandante incluso para la fecha de estructuración de su invalidez superaba con amplitud la densidad de 50 semanas exigida en la normatividad aplicable.

En consecuencia, la pensión de invalidez de la actora debe ser reconocida a partir del día siguiente a la última cotización, esto es, **22 de marzo del 2017** y no el 31 de marzo del 2017 como lo señaló la falladora de primera instancia, pues la demandante no cotizó el ciclo de marzo completo.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que la pensión se reconoció a partir del **22 de marzo del 2017** y que radicó la demanda el 07 de diciembre del 2017 como da cuenta el acta individual de reparto (fl. 37 archivo 02ExpedienteDigitalFolios64a128), es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el artículo 151 del C. P. del T. y de la S.S., por lo que acertó el *A quo* al declarar no probada la excepción de prescripción.

Retroactivo pensional

Teniendo en cuenta que se modificó la fecha a partir de la cual se reconoce la pensión de invalidez, se cuantifica el valor del retroactivo pensional con ayuda del grupo liquidador lo cual arroja que Colpensiones adeuda a la demandante la suma de \$49’770.914, 68 por el retroactivo causado entre el 22 de marzo del 2017 al 25 de noviembre del 2021 (fecha de la sentencia proferida en primera instancia) y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando hasta la fecha en que sea incluida en nómina de pensionados.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
22/03/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	10,30	\$ 7.598.485,1
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	13,00	\$ 10.156.146,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,0
01/01/21	25/11/21	1,61%	\$ 908.526,00	10,83	\$ 9.839.336,6
Total retroactivo				\$ 49.770.914,68	

Intereses moratorios

Respecto de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ha dicho de vieja data la CSJ entre otras en la sentencia SL 4216-2022 que la moratoria procede al existir retardo en la cancelación de las mesadas, en tanto que las entidades de seguridad social se encuentran obligadas al reconocimiento oportuno de las pensiones, como lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política. Indicando que el legislador los contempló como una medida para reparar los efectos ocasionados por la



cancelación tardía de la pensión a la que hubiere lugar y no como una sanción al deudor, su naturaleza es netamente resarcitoria.

Por tanto, su imposición no está sometida a estudiar la conducta de la administradora o si su actuar estuvo revestido de buena fe, incluso es ajeno a «las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas», pues solo basta con que se verifique una tardanza en el desembolso de las respectivas mesadas.

Señalando la Corte los eventos en los que se exceptúa del pago de intereses moratorios, por ejemplo cuando: i) se actúa en acatamiento de la disposición legal aplicable, sin poder prever futuros análisis o cambio de criterio jurisprudencial o ii) existe conflicto entre posibles beneficiarios o titulares de la prestación, que deben ser atendidos por la jurisdicción ordinaria.

En consecuencia, contrario a lo dicho por Colpensiones si es procedente la condena impuesta por intereses moratorios ante el no pago de las mesadas pensionales. Sin embargo, es necesario al estudiarse en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones establecer que los intereses moratorios no proceden desde el 31 de marzo del 2017, pues el inciso segundo del parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, indica que la demandada cuenta con un plazo de **4 meses** para reconocer derecho pensional, por tanto, como la reclamación se presentó el 17 de febrero del 2017 (fl. 41 archivo 01ExpedienteDigitalFolios1a63) los intereses moratorios corren desde el 18 de junio del 2017.

Entidad encargada del pago

En un caso similar la CSJ en la sentencia SL 3817 del 2021 y SL 1397 del 2022 estableció que por regla general la entidad de seguridad social responsable del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, es aquella en la que se encuentre afiliada la persona en el momento de la estructuración del estado de invalidez. Señalando que de manera excepcional en casos como el aquí nos ocupa en donde estamos frente a



enfermedades crónicas o degenerativas, en las cuales pese a la enfermedad que padece la actora, su capacidad residual de trabajo le permitió seguir laborando y seguir cotizando no sólo hasta el 21 de febrero del 2013 fecha en que la Junta Regional de Calificación le estructuró su invalidez sino hasta el 21 de marzo del 2017, siendo ésta última la data real de la pérdida de la capacidad laboral y causación del derecho pensional, por manera que no cabe duda que quien debe responder por la prestación aquí reclamada como lo ha enseñado la Corte es la entidad de seguridad social a la que se encontraba afiliada la demandante al momento en que verdaderamente se definió su discapacidad, esto es, el 21 de marzo del 2017.

Así lo dijo la Corte en la sentencia SL 1397 del 2022:

En el anterior contexto, para la Sala no es pertinente que aun cuando la estructuración del riesgo de invalidez y la causación de la pensión tenga lugar en una administradora de pensiones anterior, pero no había sido declarada formalmente, el afiliado se vea abocado a retornar al régimen antiguo y en el que voluntariamente decidió no continuar. Sin duda, este criterio desconoce el referido derecho de elección. Además, puede significar el desconocimiento de las reglas temporales mínimas de traslado entre regímenes pensionales, sin que al respecto la ley contemple una excepción cuando la estructuración del riesgo se fija para una vinculación previa.

Aunado, no puede olvidarse que el sistema pensional está cimentado en reglas jurídicas precisas que permiten el traslado entre regímenes o fondos de pensiones con plena garantía del sostenimiento financiero del sistema. El artículo 4.º del Decreto 3800 de 2003, compilado por el artículo 2.2.2.3.2 del Decreto 1833 de 2016, estipula que «Por razón de la selección, procede el traslado de los recursos a la administradora de pensiones seleccionada».

En esa perspectiva, tal como lo adujera el ad quem, si una persona en situación de invalidez se traslada a un régimen pensional y en el decurso de la afiliación se declara formalmente el riesgo, se



entiende que el fondo que administra la afiliación cuenta con el respaldo financiero para responder por la prestación que corresponda, incluso si la estructuración del riesgo y la causación del derecho pensional ocurre en una afiliación anterior, puesto que la declaración del mismo es la que hace surgir el derecho.

Y es que el afiliado no puede quedar sometido a que se determine el momento de causación del derecho pensional a fin de tener claridad acerca de si permanece en un ente pensional o se anula su afiliación, escenario que, sin duda, atentaría contra la referida garantía mínima de elegir y permanecer en un fondo o régimen pensional

Entonces, a juicio de la Corte, es la declaración formal y en firme de la situación de invalidez, bien sea en sede administrativa o, si se demanda, ante la jurisdicción ordinaria laboral, lo que marca el aseguramiento y la entidad responsable de la obligación.

Así también lo establece, específicamente para las pensiones de invalidez del RAIS, el artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994 - compilado por el artículo 2.2.5.8.1 del Decreto 1833 de 2016-, al señalar que el capital necesario es el valor actual esperado de la pensión de referencia de invalidez que se genere desde el «momento en que el dictamen de invalidez quede en firme, y hasta la extinción del derecho a la pensión en su favor».

Cabe destacar que esta unidad de procedimientos y prestaciones económicas ya ha sido analizada por la Corte en otras esferas. Por ejemplo, en materia de riesgos laborales, es la administradora en la que el afiliado requiera la prestación por enfermedad laboral la que debe realizar el reconocimiento respectivo, es decir, el último ente asegurador. Ello, pese a que la exposición del riesgo ocurra durante la afiliación a diferentes administradoras e incluso cuando las contingencias sean de diverso orden -comunes y laborales-. Y como en esta situación no existe traslado de recursos financieros, se prevé la posibilidad de repetir proporcionalmente el valor pagado -artículo 1.º párrafo 2.º de la Ley 776 de 2002, CSJ SL, 24 jun. 2012, rad.



38614.

Así, el reconocimiento prestacional está al margen de que en su formación existan hechos que vinculen a administradoras anteriores. Se garantiza una unidad prestacional y de articulación de procedimientos y recursos, a fin de evitar tardanzas y trámites innecesarios en la protección de las contingencias -artículo 2.º de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, acertó la falladora de primera instancia al señalar que es Colpensiones quien debe reconocer y pagar la pensión de invalidez deprecada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante la pensión de invalidez a partir del 22 de marzo del 2017.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante la suma de **\$49'770.914, 68** por el retroactivo causado entre el 22 de marzo del 2017 al 25 de noviembre del 2021 (fecha de la sentencia proferida en primera instancia) y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando hasta la fecha en que sea incluida en nómina de pensionados.



TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante los intereses moratorios a partir del 18 de junio del 2017 y hasta el momento en que se le incluya en nómina de pensionados.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO: 13-2018-724-01
DEMANDANTE: ROSA OLGA MOLINA MONTAÑO
DEMANDADO: LILIANA AREVALO CONCHA Y
CARLOS ENRIQUE LEÓN SOTO**

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante, quien reitera los argumentos de su recurso.

P R E T E N S I O N E S

La señora **ROSA OLGA MOLINA MONTAÑO** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **LILIANA ARÉVALO CONCHA Y CARLOS ENRIQUE LEON SOTO**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare que existió un contrato de trabajo desde el 15 de noviembre de 2015 y hasta el 11 de noviembre de 2017, el cual terminó por despido indirecto. En consecuencia, solicita el pago de indemnización por despido, indemnización del artículo 65 del CST, salarios, prestaciones, indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990, vacaciones, intereses a las cesantías, indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997, aportes al sistema de seguridad social, extra y ultra petita, costas del proceso. (Expediente Digital).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta en síntesis que laboró en las fechas indicadas, que el último salario fue de \$920.000, con un horario de 8:00 am a 4:00 pm y sábado de 8:00 am a 2:00 pm, que el contrato era a término indefinido, que laboró con los demandados desde 1993 hasta el 2009, que en ese momento si la afiliaron a seguridad social y adquirió el derecho a la pensión, mediante resolución N° 045633 de 20089, que en el nuevo contrato no fue afiliada y no le cancelaron las acreencias derivadas del contrato de trabajo.

La demanda, fue contestada a través de curador ad litem, quien se opuso a las pretensiones, señalando que no hay pruebas del contrato que se afirma. En cuanto a los hechos señaló que no le constan y que deben ser probados. Propuso las excepciones de creencia razonable de no deber y genérica o innominada. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, la Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintiséis (26) de mayo de 2021, por la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora rosa Olga Molina Montaña y la señora Liliana Arévalo Concha existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 15 de noviembre de 2015 hasta el 17 de noviembre de 2017, desempeñando la señora demandante el cargo de servicios generales y devengando en este interregno un S.M.M.L.V.

SEGUNDO : CONDENAR a la señora Liliana Arévalo Concha a pagar a la señora Rosa Olga Molina por concepto de cesantías la suma de \$1.571.518, intereses sobre las cesantías \$167.571 pesos sanción por el no pago de los intereses sobre las cesantías \$167.571 pesos, prima de servicios \$1.571.518 pesos, vacaciones \$364.760 pesos ; sanción establecida en el artículo 99 de la ley 50 del 90 por el no pago de las cesantías \$13.845.026 pesos y la indemnización moratoria establecida en artículo 65 del código sustantivo del trabajo un día de salario por cada día de mora desde el 12/11/2017 hasta el pago de las prestaciones sociales por las cuales se eleva condena.

TERCERO: ABSOLVER de las demás pretensiones a la señora Liliana Arévalo Concha, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones al señor Carlos Enrique León Soto.

QUINTO: Sin costas en esta instancia

SEXTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de cobro de lo no debido y la de carencia razonable de no deber....”

Para llegar a esa conclusión la Juez en síntesis señaló: “...luego de referirse a normas como el artículo 23 y 24 del CST, la CP y sentencias de la Corte con relación a los elementos del contrato y la primacía de la realidad, a la carga probatoria y otras; procedió al análisis de las pruebas, afirmando que no existe documental que de fe del contrato nuevo o posterior a 2009 que se afirma. No obstante, encontró que con el interrogatorio de parte de la demandante y las declaraciones de la señora Liliana Elizabeth Díaz Peña y el señor Oscar Iván Díaz Molina, la primera nieta de la

señora demandante y el segundo quien indicó ser hijo de la señora demandante, podía probarse la prestación personal del servicio. Dijo que la primera de los testigos indicó que en efecto conoce a la demandante, es su abuela, pero la considera su mamá. A la señora Liliana (demandada) la conoce desde que nació puesto que es su madrina y al señor Carlos Enrique lo conoce porque es el esposo de la señora Liliana. Indicó que visitaba con frecuencia de una a dos veces al mes el bien inmueble ubicado en la calle 107 A 8- 49, de propiedad de los aquí demandados, ya que iba a recoger a la señora demandante para acompañarla a citas médicas. Sin embargo, llegaba a veces una o media hora antes en las que podía advertir que en efecto la aquí demandante prestaba sus servicios en ese apartamento, recibía órdenes de la señora Liliana Arévalo Concha frente a cómo hacer el aseo, que alimentos preparar (en especial para los hijos de los aquí demandados), que la señora demandante prestaba los servicios como empleada para hacer el aseo y el almuerzo. Le consta además que el contrato estuvo vigente del 15 de noviembre de 2015 al 11 de noviembre de 2017 y que tiene claras esas fechas porque la contactaban por WhatsApp pues la señora testigo le colaboraba a la demandante por cuanto esta no es docta para utilizar esta herramienta. Que las órdenes y las instrucciones las daba la demandada Liliana porque era quien dirigía todo lo concerniente al apartamento y que a veces el señor demandado no estaba. Además, describió físicamente a los aquí demandados y el apartamento donde la señora demandante prestaba sus servicios. Agregó que si bien es cierto dentro del plenario se aprecia que la primera de las notificaciones a los aquí demandados fue infructuosa por cuanto la empresa de mensajería indicó que la dirección no existía, lo cierto es que tanto la demandante como los señores testigos fueron claros en indicar en qué lugar prestaron sus servicios. Además, tengase en cuenta, por regla de experiencia, que en ocasiones las empresas de mensajería hacen este tipo de certificaciones a pesar de que la dirección sí exista; por eso este despacho insistió en la notificación a otras direcciones. Igualmente, la prestación personal del servicio se encuentra respaldada por el dicho del señor Oscar Diaz, también testigo, hijo de la Sra. demandante quien indicó que conocía los aquí demandados, que a la señora demandada la conocía desde que tiene uso de razón ya que su progenitora laboró más de 30 años, primero para la familia de la señora Liliana y después, cuando esta se casó, empezó laborar para ella y su cónyuge. Dijo que la señora demandante laboró para los demandados por un lapso y que retomó más o menos en el 2010 hasta el 2017 no recuerda si la relación laboral terminó a mediados o a finales del año 2017. Indicó también la dirección en donde trabajaba la señora demandante, describió tanto el conjunto y el edificio donde laboraba como el apartamento. Luego se refirió al interrogatorio de parte afirmando que si bien es cierto no puede tenerse en cuenta el propio dicho de la demandante para tenerlo como una prueba fehaciente frente a su prestación personal del servicio se reitera hubo 2 testigos la señora Liliana y el señor Oscar que ratificaron la existencia de esta prestación personal del servicio, testigos a los cuales no se le resta credibilidad a pesar del parentesco que tengan con la señora demandante porque aparte de ello también fueron testigos presenciales frente a la labor desempeñada por la demandante. Por otra parte, el señor Oscar iba a visitar a su progenitora a este apartamento ya que no tenía restringidas esta clase de visitas. Cabe mencionar también que aparte de este vínculo laboral también tenían un vínculo personal pues la señora Liliana Arévalo es madrina de la testigo Liliana Diaz además de la relación cercana del señor Oscar con la Señora Liliana (demandada) También es importante resaltar que al señor Oscar le consta esta prestación personal del servicio porque aparte de las visitas que realizaba a su progenitora también prestó los servicios como mesero en favor de los aquí demandados entre 2015 y 2017 entre unas 20 o 30 veces en donde casi siempre estaba su señora progenitora prestando los servicios en favor de la señora Liliana. Afirmó que la parte demandada no logró desvirtuar que la relación que se refiera estuviera precedida de la subordinación. Encontró acreditados los extremos con las declaraciones y tomó el salario mínimo ante la falta de pruebas de otro. **En cuanto al empleador señaló que aunque se demanda a dos personas naturales, desde el interrogatorio de parte y pasando por los dos testimonios que fueron recaudados, lo que se puede advertir es que el contrato verbal se pactó Con la señora Liliana Arévalo Concha, no con el señor Carlos Enrique León Soto , tampoco dijo se puede advertir de las pruebas tanto documentales como**

*testimoniales e incluso con el interrogatorio de parte que este haya pactado el contrato con la demandante, lo hizo su cónyuge la señora Liliana Arévalo Concha tampoco se puede advertir que estuviera subordinada directamente la señora demandante al señor Carlos Enrique León Soto. Reiteró ello conforme al interrogatorio de parte pues la demandante indicó que todo lo charlado fue con la señora Liliana y que el señor Carlos tan sólo le dijo “**rico que empiece a trabajar con nosotros y que cuide a los hijos**”. Por lo que concluyó que el señor Carlos Enrique León Soto no se pactó este contrato se reitera conforme a los testimonios y al interrogatorio de parte de la señora demandante este contrato fue pactado con Liliana Arévalo Concha con quien se declarará la existencia de esta relación laboral absolviéndose como consecuencia de todas las pretensiones al señor Carlos Enrique Leon Soto. Con base en la declaración estudió las pretensiones e impuso las condenas absolviendo de indemnizaciones por despido a no encontrar pruebas al respecto....”*

Inconforme con esta decisión la parte actora interpuso recurso afirmando:
“Conforme a la notificación en estrados del fallo de instancia procede interponer recurso de apelación ante la sala laboral, del Tribunal Superior de Bogotá recurso sustentado de la siguiente manera y conforme a los siguientes motivos de inconformidad he de destacar que la parte testimonial sí se da cuenta de la prestación del servicio prestado por la señora Rosa Olga Molina en el lugar de habitación del extremo accionado acreditación realizada por los testigos ofrecidos por la parte actora en el sentido de que dieron fe fueron testigos de que la accionante laboraba en el apartamento de los accionados y que sus labores y actividades eran de servicios generales, con esta acreditación se cumple con la carga probatoria del extremo actor y opera en efecto de la presunción legal en favor de la actora conforme al artículo 24 del código sustantivo del trabajo esto es la inversión de la carga probatoria queda en la cabeza de la parte accionada quien tendrá que demostrar qué tipo de contrato sostenía la parte accionante como observó en el devenir procesal la parte accionada a pesar de recibir citatorios y avisos optó por no acudir al proceso con lo cual básicamente renuncia a a controvertir la presunción legal siendo ello así la prueba testimonial e interrogatorio de parte, si se logró demostrar el elemento de la prestación del servicio a los titulares en este caso específico a la señora Liliana Arévalo concha como al señor Carlos Enrique León Soto ambos son titulares de dicho hogar y por ende ambos tienen la responsabilidad directa de asumir las obligaciones laborales para el accionante. En consecuencia, solicita revocar “el punto tercero” del fallo donde se absuelve al señor Carlos Enrique Soto y en su lugar lo condene a cada una de las pretensiones de la demanda dejando así sentado y sustentado el recurso de apelación...”

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá el recurso, en el que únicamente se ataca la absolución que se hiciera al demandado **CARLOS ENRIQUE LEÓN SOTO**, la que no se encuentra en el numeral tercero de la providencia sino el cuarto, lo que no impide se resuelva porque a pesar del error eso fue lo que se solicitó.

De otra parte y desde ya la Sala advierte desde ya que **CONFIRMARÁ**, la sentencia, pero por razones diferentes. Veamos.

Lo primero que advierte la Sala es que, aunque no es posible hacer más gravosa la situación del único apelante, por lo que solo puede este Tribunal referirse al recurso, no sobra solo en gracia de discusión que ninguna prueba existe de la prestación personal del servicio en favor de los demandados y desde luego entonces tampoco operó para ninguno la presunción contemplada en el art 24 del C S T, se itera sin que se pueda de manera alguna revisar las condenas en contra de la señora **LILIANA ARÉVALO CONCHA**, pues solo se atacó la absolución a la otra persona natural demandada.

Afirma el recurrente que con las declaraciones de los testigos y el interrogatorio de parte de la demandante quedó establecido la prestación personal del servicio, la cual no fue desvirtuada por los demandados, porque así lo prefirieron, olvidando que cuando una parte está representada por curador ad litem, justamente se consideran ausentes, luego aspectos como la confesión y otras cargas probatorias no pueden medirse o valorarse como cuando si comparecen al juicio, lo que se expresa en gracia de discusión, pues en este caso no existió prueba alguna de la prestación personal del servicio en favor del demandado, ya que de las declaraciones de la nieta y del hijo de la parte actora no se deduce, ni siquiera haciendo un gran esfuerzo de interpretación que lo pudiese permitir.

Y es que concluir que está acreditado ese servicio, con el dicho de la testigo relativo a que recogía a su abuela allá para acompañarla a citas médicas, una o dos veces al mes, lo máximo que permite inferir es que asistía a esa residencia a recoger a su familiar sin que con ella se pueda tener certeza de lo que la demandante estaba haciendo allí si estaba “laborando” o de “visita” o a qué hora llegó a ese lugar, todas suposiciones que se insiste no tienen fuerza para acreditar una verdadera prestación de servicios. Nótese además que, aunque afirma que llegaba media hora antes de la salida; según afirmó; la cual era a las 4:00 pm según los hechos de la demanda; la testigo refiere que le constaban las ordenes de cómo hacer el almuerzo, y que alimentos preparar cuando justamente en ese momento finalizaba la jornada lo que evidentemente luce contradictorio.

Ahora y si esa valoración de la prueba en cuanto a la prestación de servicio, luce deficiente, que decir de la que se tuvo en cuenta para definir los extremos del contrato, que determinó con precisión la testigo del 15 de noviembre de 2015 al 11 de noviembre de 2017, según su dicho que, porque le enseñaba a su familiar el manejo del WhatsApp; sin que se encuentre una conexión lógica en verdad entre contactos por este medio entre dos personas y la verdadera precisión y seriedad con que se deben determinar los extremos de un contrato; así como tampoco lo es aceptar una descripción de un bien mueble y de rasgos físicos de personas, entre otras cosas se itera, ausentes, del proceso para dar credibilidad e inferir un

elemento como el primero que contempla el artículo 23 del C S T. No sobra agregar además que el bien inmueble como señaló la Juez no fue encontrado por la empresa de mensajería y ninguna ley de experiencia indica que estas sociedades dedicadas justamente a entregar mensajes, certifiquen que no existen las direcciones cuando no es así; lo que se opine a la precisión con que los testigos describían el mencionado inmueble y desde luego su ubicación; más cuando se recuerda la testigo afirmó ir una o dos veces al mes.

Ahora bien, el otro testigo, hijo de la demandante menos aporta claridad sobre los hechos de la demanda, ni sobre la prestación del servicio ni sobre los extremos; su declaración es totalmente contradictoria, pues de un lado dice que visitaba a la demandante en el sitio de trabajo, esto es la residencia de los demandados, pero además laboraba como mesero para ellos como mesero entre 2015 y 2017, con frecuencia de 20 o 30 días y allí estaba su progenitora. ¿Se pregunta la Sala allí donde en el sitio en donde se desempeñaba la labor de mesero; un restaurante quizás o en la residencia o dónde? Suposiciones todas con las que no es posible acreditar nada de lo que se tuvo como tal, esto es prestación de servicios y extremos en que se desarrollaron.

Finalmente menos aún podría tenerse en cuenta lo dicho por la demandante en su favor en el interrogatorio; luego en criterio de la Sala ni una sola prueba hay de la prestación del servicio en favor del demandado **CARLOS ENRIQUE LEÓN SOTO**, luego es esta la razón para **CONFIRMAR** la decisión de absolverlo de las prestaciones, siendo claro que nunca se abrió la presunción establecida el artículo 24 del C ST, que solo ofrece una ventaja probatoria; al demandante que dice haber sido trabajador subordinado, sin que este caso existan ni la presunción ni otras pruebas al respecto. Es por estas razones que se confirma la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

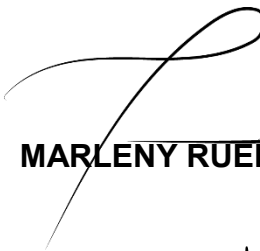
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

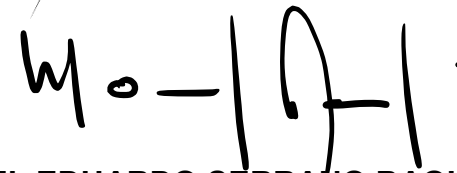
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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



DEMANDANTE: DIANA MILENA BOTERO

DEMANDADO: MEDIMAS E.P.S. EN LIQUIDACIÓN

RADICADO: 1100122050-00-2022-01186-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 28 de abril del 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a MEDIMAS EPS EN LIQUIDACION reembolsar a la señora Diana Milena Botero la suma de \$757.788.

ANTECEDENTES

La señora DIANA MILENA BOTERO instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la EPS MEDIMAS el reconocimiento económico de la suma de \$757.788. (fl. 2 archivo 2-EXPEDIENTE DIGITAL J-2020-0403)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que el 26 de noviembre del 2019 en la CORPORACIÓN GENESIS SALUD IPS su hija fue valorada por el Doctor Rubén Darío Petro Cirujano pediátrico el cual ordena examen PIELOGRAFIA A TRAVES DE TUBO NEFROSTOMIA; que el 03 de diciembre del 2019 se dirigió a las instalaciones de la Supersalud en Medellín solicitando apoyo para el proceso de programación para el examen ya que no se le garantizó el acceso al servicio a su hija; que el 14 de febrero del 2020 le realizan llamada de la EPS MEDIMAS en la cual le asignarían la cita con el cirujano pediátrico para que revisara el examen; que no pudo acceder

a la cita por falta del resultado debido a que no se le había otorgado cita para la realización del examen; que el 24 de febrero del 2020 decidió realizar el examen de manera particular en el HOSPITAL FUNDACIÓN SANVICENTE DE PAUL; que a la fecha de radicación de la petición ante la Superintendencia no había podido culminar el proceso de su hija. (fl. 1 archivo 2-EXPEDIENTE DIGITAL J-2020-0403)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada MEDIMAS EPS contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demandante, toda vez que el trámite de solicitud de reembolso no fue radicado en ningún momento ante la EPS y que no pueden evidenciar en el sistema algún tipo de queja o notificación por parte de la señora DIANA MILENA BOTERO para la prestación del servicio que requería, por lo que no se evidencia negligencia por parte de Medimás EPS, por no evidenciarse el debido proceso ante la solicitud de reembolso. (archivo 3-NURC1-2020-329255 RESPUESTA DE MEDIMAS EPS J-2020-0403)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 28 de abril del 2022, resolvió acceder a las súplicas de la demanda y condenó a MEDIMAS EPS EN LIQUIDACION reembolsar a la señora Diana Milena Botero la suma de \$757.788. (fls. 43 a 58 archivo 2-EXPEDIENTE DIGITAL J-2020-0403)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada MEDIMAS EPS, interpuso recurso de apelación, señalando que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución No. 2022320000000864 - 6 del 8 de marzo del año 2022, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a MEDIMÁS EPS S.A.S., y se designó como **LIQUIDADOR** de MEDIMÁS EPS S.A.S., a **FARUK URRUTIA JALILIE**, quien por mandato especial ejercerá

las funciones propias del cargo, de acuerdo con lo previsto en las normas del Sistema General de Seguridad Social, el Decreto Ley 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas que le sean aplicables. Que durante el proceso de liquidación podrá adoptar las medidas previstas en el artículo 9.1.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010 y ejercerá la función de representante legal de la entidad objeto de liquidación, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del acto administrativo ya referenciado. Respecto de las medidas preventivas facultativas decretadas en el referido acto administrativo, indicó que se estableció entre otras, la **suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión, esto es, hasta el 8 de marzo del 2022**. Que los efectos jurídicos de la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a MEDIMÁS EPS S.A.S., son los señalados en el artículo 116 y 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y en consecuencia se ordenó la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de la orden de liquidación, por ende, todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra Medimás EPS hoy en Liquidación, deberán presentarse oportunamente con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale por el Agente Liquidador. (archivo 5-NURC20229300400918762 RECURSO DE APELACION MEDIMAS J-2020-0403).

PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada, el determinar si debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de MEDIMAS EPS, radicando su respectiva acreencia.

CONSIDERACIONES

De conformidad con los términos del recurso planteado, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar en primer lugar que no fue objeto de reproche por parte de la convocada a juicio MEDIMAS EPS, la decisión adoptada por el *a quo* relacionada con que esta debe reembolsar a la demandante el valor del examen médico por la suma de \$757.788, en la medida que la objeción que se hace al fallo de primera instancia, radica en que se debe ordenar a la parte convocante hacerse parte del proceso liquidatorio, para efectos de que sea tenida en cuenta su acreencia dentro del mismo.

Pues bien, al respecto se tiene que mediante Resolución 2022320000000864-6 del 08 de Marzo de 2022, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes, negocios, y la intervención forzosa y administrativa para liquidar a MEDIMAS EPS SAS en liquidación.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán

calificadas como pasivo cierto no reclamado. Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva

reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por MEDIMAS EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En el presente caso, no se advierte prueba dentro del proceso que la accionante haya elevado la correspondiente reclamación de su acreencia, dentro del proceso liquidatorio, pues nótese que la petición sobre la prestación económica aquí debatida data de una fecha anterior a la liquidación de MEDIMAS EPS, esto es, del 09 de marzo del 2020; no obstante, se considera que no es la Colegiatura la llamada a ordenar a la parte convocante hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de la incapacidad aquí reclamada, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Además, debe tenerse en cuenta que el proceso que ocupa la atención de la Sala inició con anterioridad a la toma de posesión y la intervención forzosa administrativa de MEDIMAS EPS S.A., pues nótese que la demanda fue radicada el día 9 de marzo del 2020 (fol. 1 archivo 2-EXPEDIENTE DIGITAL J-2020-0403), por manera que la sentencia proferida por el *a quo*, en el sentido de acceder a lo deprecado en el *libelo* genitor, en todo caso deberá ser tenida en cuenta por la liquidación como pasivo cierto no reclamado.

Así las cosas, no se accede a la solicitud elevada por la demandada, tendiente a que se ordene a la parte convocante, se haga parte del proceso liquidatorio mediante la radicación de su acreencia.

Sin costas en esta instancia.

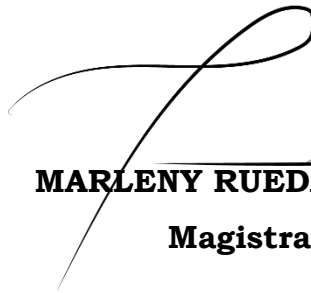
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de abril del 2022 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2019-00846-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: NOHEMI GALINDO APONTE

GABRIEL INFANTE GALINDO

RAFAEL ANTONIO INFANTE GALINDO

NOHEMÍ INFANTE GALINDO

DEMANDADO: LADRILLERA SANTA FE S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de mayo del 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora NOHEMI INFANTE GALINDO, GABRIEL INFANTE GALINDO, RAFAEL ANTONIO INFANTE GALINDO y NOHEMI INFANTE GALINDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que entre la empresa LADRILLERA SANTA FE S.A. y JOSÉ AGUSTÍN INFANTE GÓMEZ (q.e.p.d) existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 de septiembre del 2005 y el 11 de marzo del 2017, que se declare que en desarrollo de su actividad laboral el 11 de marzo del 2017 sufrió un accidente de trabajo que terminó con su vida. Como consecuencia, solicita se condene a la empresa demandada a pagar una indemnización total y ordinario por todos y cada uno de los perjuicios materiales sufridos por la muerte de su esposo y padre conforme lo establecido en el artículo 216 del CST, junto con las costas del proceso. (fl. 11).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el 31 de diciembre de 1983 el causante contrajo matrimonio con la señora Nohemí Galindo Aponte; que de dicha unión procrearon 3 hijos Gabriel Infante Galindo, Rafael Antonio Infante Galindo y Nohemí Infante Galindo; que el causante laboró para la empresa ARCILLAS DE SOACHA S.A. por más de 20 años; que el cargo desempeñado por el causante era el de “Foguista” el cual es la persona encargada de alimentar el calor y/o el fuego de los hornos donde se funde la arcilla para la fabricación del ladrillo; que siempre estuvo expuesto a temperaturas muy altas; que a partir del 01 de septiembre del 2005 laboró para la empresa demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido; que la empresa LADRILLERA SANTA FE S.A. absorbió a ARCILLAS DE SOACHA S.A. que el salario devengado era aproximadamente de \$1'200.000; que debido a las altas temperaturas empezó a sufrir desde mediados del 2012 graves enfermedades entre ellas fuertes dolores en la columna vertebral lo cual le impedía hacer



fuerza y/o levantar cosas pesadas; que a mediados del 2014 fue cambiado de cargo por recomendaciones de la ARL; que pasó a desempeñar el cargo de operario en el cual debía proporcionar bajo sendos inventarios a sus compañeros todos y cada uno de los insumos que a diario se necesitaban en la empresa así como velar por la devolución diaria de los elementos de protección; que el cambio de cargo le generó una disminución en su salario; que el causante siempre contó con todas sus afiliaciones a seguridad social; que el último horario desempeñado fue de 6 a.m. a 2 p.m. de lunes a sábado; que el último salario devengado fue de \$832.335; que el 11 de marzo del 2017 alrededor de las 5:40 a.m. cuando el causante pretendía iniciar sus labores diarias en la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo al tropezar con una rejilla de aguas lluvias golpeándose aparatosamente contra una pared recibiendo múltiples golpes en el cuerpo y cabeza; que pese a la caída nunca fue auxiliado, ni llevado a un centro asistencial por parte de sus jefes o compañeros de trabajo; que la Coordinadora de Seguridad y Salud de la empresa demandada sólo fue informada hasta las 7 a.m., por parte de JHONATAN CUARAN Brigadista de la empresa; que la Coordinadora sólo procedió a revisarle las piernas heridas y a identificar los raspones sufridos por el causante; que a las 7:30 a.m. la Coordinadora reporta el accidente al señor Luís Ladino Supervisor de la empresa quien es la persona que al parecer inicia los correspondientes protocolos de asistencia y revisión del estado de salud del trabajador a quien mantienen en valoración en el área de seguridad industrial de la empresa hasta las 9 a.m.; que posteriormente, diligencian un registro de atención donde se hace figurar la aparente firma del trabajador; que el causante sale de la empresa a las 10:05 a.m. para la EPS pero que lo hace solo, sin ningún transporte y sin auxilio o ayuda por parte de su jefe inmediato o el personal de Seguridad y Salud de los trabajadores de la empresa; que a las 4:30 p.m. la señora Nohemí Infante Galindo recibió una llamada telefónica por parte de la señora Luz Myriam Garzón Melo encargada de la Seguridad y Salud de los trabajadores de la planta de la empresa demandada preguntando como seguía el señor José Agustín porque el había sufrido una caída en la fábrica la cual parecía que no era grave, informando que el trabajador había salido para la EPS, ante lo cual Nohemí que ni ella ni nadie de su casa sabía de eso; que la familia comenzó la búsqueda del



trabajador; que a las 10:00 p.m. vuelve a comunicarse la señora Luz Myriam Garzón Melo a preguntar nuevamente por el señor José Agustín por lo que le contestaron que todavía no aparecía por ninguna parte; que al día siguiente el 12 de marzo del 2017 sobre las 7:30 a.m. es encontrado por la Policía Nacional el cuerpo sin vida del señor José Agustín Infante Gómez cerca de la carretera de la vereda panamá del Municipio de Soacha; que la Fiscalía 4 Seccional Unidad de Vida Soacha inició la investigación correspondiente bajo el radicado N° 257546108002201780398; que el 13 de marzo del 2017 el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Oriente – Seccional Soacha realizó el informe pericial de la necropsia practicada al cadáver del señor José Agustín determinando como fecha de su deceso el 11 de marzo del 2017 y el 25 de abril del 2017 se realizó el informe pericial de Toxicología Forense concluyendo que en la muestra de sangre analizada no se había detectado etanol; que el 11 de mayo del 2018 Medicina Legal concluyó que la causa de la muerte del señor José Agustín fue por fallas multisistémicas indicando como mecanismo de la muerte falla multisistémica secundaria al proceso cardiaco de hipertrofia cardiaca, insuficiencia renal y falla hepática; que la empresa demandada nunca reportó el accidente de trabajo a la ARL; que no le brindaron los primeros auxilios; que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la empresa demandada por no contar con las instalaciones adecuadas y en perfectas condiciones de movilidad, así como por omitir completamente cualquier ayuda, auxilio o socorro hacia el causante al no llevarlo de manera directa e inmediata a un centro asistencial cuya omisión le ocasionó la muerte; que a los demandantes se les causaron perjuicios materiales y morales; que el accidente de trabajo se generó en desarrollo de sus funciones laborales dentro del horario de trabajo y estando al servicio y bajo subordinación de la empresa demandada; que la empresa demandada no hizo el acompañamiento debido al causante lo que desencadenó la muerte del trabajador. (fls. 5 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 8, 9, 17, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 36 y 51; dijo que el 11 y 48 no eran un hecho; manifestó no constarle el 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 14, 15, 33, 34, 35, 37, 38, 40, 41, 42, 43 y 52 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, pago, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, prescripción, inexistencia de culpa de LADRILLERA SANTA FE S.A. y compensación. (CD fol. 69).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada **LADRILLERA SANTA FE S.A.** de las pretensiones incoadas por los demandantes **NOHEMI GALINDO APONTE, GABRIEL INFANTE GALINDO, RAFAEL ANTONIO INFANTE GALINDO y NOHEMI INFANTE GALINDO.**

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de la demandada.

TERCERO: ORDENAR si la presente sentencia no fuere apelada, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, a favor de la parte demandante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 69 del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra probado el accidente de trabajo ocurrido el 11 de marzo del 2017; que en estos casos el empleador debe demostrar que de manera oportuna y prudente identificó los riesgos ocupacionales y tomó las medidas preventivas pertinentes lo cual conduce a la ausencia de culpa de su parte. Que se demuestra que la empresa demandada una vez se produjo el accidente de trabajo suministró la ayuda que el trabajador requería, pues tal y como da cuenta el testigo Luís Ladino Hernández fue atendido inicialmente por el Brigadista JHONATAN CUADRANTE quien lo llevó a enfermería, tal y como la manifestó la señora Luz Myriam en su declaración



y Luís Hernán Ortiz Paramo quien señaló que había evidenciado que al trabajador le habían aplicado gel donde se había golpeado. Que se encuentra acreditado que fue atendido por la señora Luz Myriam Coordinadora de Seguridad y Salud en el trabajo, pues existe registro de atención de primeros auxilios en el que se realiza una descripción del evento indicando que el causante iba rápido para ingresar a la empresa planta; que al pisar la rejilla en el borde del filo éste se cae al hueco golpeándose la rodilla derecha, el hombro izquierdo y la cabeza. Que el proceso realizado correspondió a que el trabajador fue revisado, se le limpió la herida y al no encontrarse más se dejó en observación. Que de la comunicación dirigida a la SIJIN se señaló que la señora Luz Myriam procedió a revisar al trabajador y que identificó raspones en su pierna y al no evidenciarse que fuera grave, pues no se evidenciaron fracturas, ni heridas, lo mantuvo en observación. Que al indagarse al trabajador éste le indicó que el raspón no era mayor y que las molestias en la cintura era porque sufría previamente de ello. Que la señora Luz Myriam consideró que si el dolor continuaba debía emitirlo a la EPS. Que también se establece que el señor Agustín decidió que se iba a la EPS, por lo que la señora Luz Myriam le ubicó transporte en el área de logística a lo cual el señor Agustín se rehúso indicando que se iba en la ruta que pasaba por la empresa; que incluso tenía un amigo que vivía cerca y que tenía carro y que él lo podía llevar, que el testigo Luís Ladino manifestó que la Coordinadora de Salud y Seguridad en el trabajo sugirió enviarlo a la EPS para que le evaluaran el golpe y se le generó una boleta de salida, pero que el causante manifestó que no se iba en el transporte de la empresa demandada sino con una amigo en la ruta de la vereda. Que así el testimonio de la señora Ana Hermindia haya manifestado que se encontró por fuera de la empresa al causante; que iba cojeando y que éste le dijo que iba para el médico; de esta declaración no se puede establecer que existe una omisión por parte de la demandada, pues al revisar los videos se evidencia que el causante salió por sus propios medios. Que para el Despacho queda acreditado con el registro, con la atención de primeros auxilios y la información enviada a la SIJIN y el testimonio del señor Luís Ladino que al demandante sí se le prestó una atención oportuna frente al accidente de trabajo. Que se encuentra probado que el causante se negó a usar el



transporte suministrado por la empresa demandada para acudir a la EPS. Que no se puede establecer que a raíz del accidente se hubiese generado su fallecimiento. Que en la necropsia aparece que la causa de la muerte es una falla multisistémica secundaria al proceso cardiaco de hipertrofia cardiaca, insuficiencia renal y falla hepática. Que la Fiscalía adelantó investigación en virtud del fallecimiento en la cual se concluyó que la muerte fue producto degenerativo natural multisistémico y determinó que no tenía relación con el accidente de trabajo. Que se descartó que el accidente haya tenido relación directa con la muerte ya que esta se atribuye a la falla cardiaca que lleva a una falla sistémica. Que la caída generó lesiones que no fueron de gran impacto.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que si bien es cierto, el Juez apoya su decisión en que no hubo ninguna omisión por parte de la empresa demandada al momento de ocurrir el accidente, lo cierto es, que se evidencia de los elementos probatorios una cosa distinta. Que no entiende como una persona que realmente sufre un accidente desde las 5:40 a.m. viene a tener permiso para su salida después de las 9:30 a.m. Que el Juez se basa en el testimonio del señor Luís Ladino Hernández, sin embargo, dicho testimonio presenta grandes contradicciones las cuales no se tuvieron en cuenta, por ejemplo, que el testigo menciona que llegó sobre las 7 a.m., es decir, que no pudo percibir nada sobre lo que pasó de 5:40 a.m. a 7 a.m.; que su relato consiste en lo que ocurrió después de las 7 a.m.; que en su declaración presenta una imagen de una reja pero que con ello no se puede llegar a la conclusión del Juez de que ocurre un accidente pero que no hay omisión por parte de la empresa demandada; pues si hay culpa porque ese suceso repentino es también culpa de la empresa. Que al sufrir el accidente obviamente hay una omisión. Que el Juez no se percató que el señor Luís Ladino Hernández en su declaración dice que el demandante sufrió lesiones en la canilla y en el brazo pero no menciona la cabeza, lo que si hace el representante legal de la demandada al rendir su interrogatorio de parte y los demás testigos, lo cual permite entender que al testigo Luís



Ladino no se le puede creer y, por tanto, tampoco se le puede creer que sí le brindó una atención al causante. Que se hicieron unos registros, los cuales no eran suficientes. Que la conclusión a la que llega el Juez de que no es una responsabilidad directa porque no está demostrado que con esos hechos hubiere sucedido el suceso de la muerte del señor José Infante, es una conclusión que se queda corta. Que las razones del Juez se quedaron cortas, pues sino fue una razón directa fue indirecta porque de no haber sucedido ese accidente el trabajador no hubiera quedado expuesto, pues no hubiese salido de la empresa y no hubiese quedado expuesto en un sitio solitario. Que no sabemos que otras cosas sucedieron, pues en la necropsia se habla de la sangre y de otras heridas. Que se ve la mentira del testigo Luís Ladino y de la empresa demandada, pues en la declaración de Enrique Perea se menciona que fue trasladado a una EPS, porque así lo indican los escritos de Luz Myriam Garzón y el señor Luís Ladino refiere que el trabajador se fue para su casa y que allí había una droguería donde lo inyectaban tratando con esto de no relacionar la herida o lesión de la cabeza. Que esto lleva a determinar que no se prestó la ayuda; que quedó de pronto registrada en un documento, pero que realmente la parte pasiva nunca demostró si de manera fehaciente existió esa atención. Que el señor Jhonatan Cuaran quien hacía el papel de brigadista no se trajo como testigo. Que uno de los testigos dijo que el causante fue dejado en el segundo piso por un tiempo pero que no hubo ninguna atención. Que faltó sopesar más las pruebas documentales y testimoniales a efectos de demostrarse que el señor Ladino ocultó la verdad. Que como se puede creer al señor Ladino que el causante se negó, pues alguien que esta en una vereda apartado de la ciudad cómo va a rechazar una ayuda. Solicita se vuelvan a revisar todos y cada uno de los medios probatorio para determinar que si hubo omisión y falta de socorro; que si se hubiere prestado la ayuda no se generaría como consecuencia la muerte. Que es posible que las heridas le hayan generado la muerte.

CONSIDERACIONES



No se discute en este juicio que el demandante José Agustín Infante Gómez estuvo vinculado a la empresa LADRILLERA SANTA FE S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de septiembre del 2005 y el 11 de marzo del 2017, tal y como lo acepta la demandada al contestar la demanda. Tampoco se controvierte que el vínculo laboral feneció por el fallecimiento del señor Infante Gómez el 11 de marzo del 2017 (registro de defunción fl. 64 archivo ExpedienteDigitalizado01 93 carpeta 01ExpedienteDigitalizado).

Los demandantes a través de la presente acción reclaman de la empresa demandada el resarcimiento de los perjuicios causados con ocasión del fallecimiento del señor Infante Gómez ocurrido el día 11 de marzo del 2017, fecha para la que se encontraba vinculado mediante contrato de trabajo con la empresa LADRILLERA SANTA FE S.A., invocando como fundamento legal de su acción el artículo 216 del C.S.T., que establece: ***“Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo.”***

De la norma precitada se colige que la persona que reclame que se fije en el empleador la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios, debe demostrar que éste incurrió en culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, para que asuma la totalidad de los perjuicios que produjo el hecho culposos.

Siendo claro que la responsabilidad ordinaria o civil por accidente de trabajo o enfermedad profesional que nos ocupa, abarca perjuicios y daños ocasionados al trabajador y a su familia, no cuantificados o reconocidos por la responsabilidad laboral, conformados por los daños materiales, morales o fisiológicos que sufra el trabajador con ocasión del accidente de trabajo o la enfermedad profesional.



En el presente caso, no se controvierte el fallecimiento del extrabajador, el cual tuvo lugar cerca a la empresa demandada, sin embargo, la tesis del apoderado de la parte demandante se basa en que considera que el deceso del señor Infante Gómez fue como consecuencia del accidente que sufrió el mismo día a las 5:40 a.m. cuando iba ingresando a la empresa, con lo cual no está de acuerdo el fallador de primera instancia, quien sostiene que no existe ninguna prueba que permita llegar a tal conclusión.

Ahora, al estar probado el fallecimiento del señor Infante Gómez y el accidente laboral que sufrió a las 5:40 a.m el mismo día en las instalaciones de la empresa demandada corresponde determinar si existió culpa del empleador en la ocurrencia del siniestro y, si existe causalidad entre el accidente de trabajo y el deceso, para lo cual la carga del demandante consiste en demostrar que su empleador incurrió en culpa o negligencia en la ocurrencia del siniestro y el nexo de causalidad, en tanto al empleador le corresponde demostrar lo contrario, tal y como lo ha dicho la Corte entre otras en la sentencia SL 3815 del 2022 en la que indicó:

“...En principio, conviene no olvidar que esta Corporación se ha ocupado de delinear lo que incumbe demostrar a cada parte del proceso, cuando se trata de constatar si concurren los supuestos que generan la obligación de pagar la indemnización ordinaria y plena de perjuicios del artículo 216 del estatuto laboral. En sentencia CSJ SL12707-2017 se precisó:

[...] La prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante o sus beneficiarios, según las reglas de la carga de la prueba, lo que significa que demostrada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, se genera la obligación de indemnizar al trabajador o causahabientes los perjuicios causados, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el art. 1604 del Código Civil la prueba de la «diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», si el empleador pretende cesar o desvirtuar su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal como lo dispone el art. 1757 ibídem.



Frente a este aspecto puntual de la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, en sentencia de la CSJ SL13653-2015 del 7 oct. 2015, se puntualizó que «esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que “...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...” (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior “...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores” (CSJ SL7181-2015)», lo que quiere decir que al trabajador o sus herederos le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».

Y más recientemente, en sentencia CSJ SL2168-2019 recordó lo expuesto en la CSJ SL7056-2016:

[...] al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio; no obstante, por excepción, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores», con arreglo a lo previsto en los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil.

Importa precisar que la distribución de la carga de la prueba en esta materia, en cualquiera de los escenarios referidos en la jurisprudencia, proviene de la armonización del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo con otras reglas igualmente aplicables a la actividad probatoria en los procesos laborales, en particular, las previstas en los artículos 177 del Código de



Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, 1604 y 1757 del Código Civil.

Entonces, en principio, le corresponderá a la víctima o a sus beneficiarios demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, como fuente de la responsabilidad prevista en el artículo 216 del estatuto laboral. Si el patrono pretende desligarse de dicha carga, le incumbe acreditar que obró en forma diligente en el cumplimiento y ejecución de las medidas de seguridad propias de su actividad o que los daños o afectaciones alegados no guardan relación de causalidad con la conducta, activa o pasiva que se le endilga, bien sea porque se interpone la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor.

Empero, también debe admitirse que los afectados con el siniestro pueden imputar al empleador incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección, como causa fundamental del accidente de trabajo. En este caso, la carga de la prueba queda en cabeza del demandado, quien deberá demostrar su diligencia o una eximente de responsabilidad, en los términos atrás descritos. De ahí que la Corte haya asentado que la abstención en el cumplimiento de la diligencia y cuidado debido en las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que prevé el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo (CSJ SL2168-2019, que reitera la CSJ SL4665-2018).

Desde luego, no se trata simplemente de que el demandante lance afirmaciones indiscriminadas sobre una eventual falta del empleador a ese tipo de deberes. Debe concretar las circunstancias en que se habría presentado la omisión empresarial. Por eso, la Corte ha dejado claro que:

[...] cuando el trabajador erige la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad impuestas, como aquí acontece, por excepción, al gestor del proceso le basta enunciar las omisiones, -en consideración a que las negaciones indefinidas no requieren de acreditación-, para que la carga de la prueba que desvirtúe la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del



Código Civil. Así, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia en aras de preservar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL12707-2017, CSJ SL2168-2019 y CSJ SL5154-2020 y CSJ SL5300-2021 entre otras).
CSJ SL3047-2022

(...)

En criterio de la Sala, el Tribunal desacertó al ponderar la actuación del empresario únicamente desde la orilla mencionada; esto es, bajo el contexto de los riesgos asociados al hurto de dineros y de cara a un evento delictivo en particular. Al enfocar así la cuestión, omitió analizar realmente la manera en que el empleador se comportó en forma previa al suceso, para descubrir si fue diligente cuando instaló, dotó y acondicionó el sitio de trabajo, así como si capacitó a su personal, no solo para prevenir riesgos derivados directamente de su actividad económica, sino para conjurar o minimizar los daños derivados de conflagraciones en general, que fue lo que, en últimas, ocasionó el deceso de la trabajadora. Con mayor razón, si no está en discusión que se trató de un accidente laboral, en tanto acaeció con ocasión de las labores de cajera que desempeñaba la víctima.

No hay duda de que la víctima falleció a raíz de las quemaduras provocadas por las llamas que consumieron su lugar de trabajo, ni de que el germen del incendio fue el obrar delincuencia; sin embargo, lo que se echa de menos en la sentencia del ad quem es una verdadera contextualización del entorno laboral en el que se produjo el incidente que acabó con la vida de la trabajadora.

Lo anterior cobra mayor sentido, si se tiene en cuenta que el litigio giró en torno a la falta de instalaciones seguras para el desarrollo de la labor. Entonces, el Tribunal debió incursionar en el análisis de la conducta del empleador, a fin de discernir si fue diligente en las acciones encaminadas a la adecuación del sitio de trabajo, no solo en función de las contingencias asociadas al manejo de dineros, sino de cara al riesgo genérico de incendio.

(...)



Se impone memorar que de cara a la culpa suficientemente comprobada del empleador en un accidente laboral, la Sala ha adoctrinado que aquella se define por «el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel» (CSJ SL2206-2019, reiterada en CSJ SL5154-2020).

Lo anterior, significa que la culpa del empleador se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que le corresponden y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral (CSJ SL1897-2021); ni más, ni menos.

(...)

Y es que no puede ser de otra manera, si se advierte que se trata de una obligación que atañe exclusivamente a quien decide vincular personal para la explotación de una actividad económica. De esta suerte, las consecuencias por la materialización de los riesgos previsibles dentro del entorno laboral, le son ajenas a quienes apenas prestan su fuerza de trabajo en beneficio del empresario.

A la luz de los preceptos y parámetros jurisprudenciales comentados, el análisis de causalidad en materia de daños ocasionados por accidentes de trabajo exige la valoración de las acciones del empleador, antes, durante y después del accidente, a fin de esclarecer si actuó en forma imprudente o negligente y, con ello, contribuyó en forma efectiva y eficiente a la generación del daño.

Lo anterior, cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que el hecho de un tercero, solo puede ser considerado un eximente de responsabilidad en materia de daños generados en accidentes de trabajo, cuando constituye la fuente exclusiva del daño. Dicho de otro modo, si también está demostrada la culpa del empleador, el



empresario no podrá exonerarse de responder ante sus trabajadores o los beneficiarios de estos por los perjuicios ocasionados. Así se infiere de lo asentado por esta Corporación en las sentencias CSJ SL14420-2014, CSJ SL1525-2017, CSJ SL4794-2018 y CSJ SL1361-2019:

La causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa.”

Al descender al caso bajo estudio se evidencia que acertó el fallador de primera instancia al señalar que no se encuentra probada la culpa del empleador en el accidente que sufrió el señor Infante Gómez a las 5:40 a.m. cuando iba ingresando a las instalaciones de la empresa y mucho menos se encuentra algún tipo de relación entre el deceso y el accidente sufrido. Veamos porque:

En el video allegado por la empresa demandada se evidencia el momento en que el señor Infante Gómez sufre el accidente de trabajo, se observa en el video que va caminando y se tropieza y cae al piso. (carpeta 07Medio Cd)

Conforme al acta de Inspección a Lugares -FPJ-9- del 12 de marzo del 2017 por parte del laboratorio Móvil de Criminalística URI SIJIN Soacha quienes se trasladaron a la empresa demandada se evidencia que una vez llegaron a la planta de arcilla ladrillera Santafé ubicada en el KM 5 Vereda Fusunga del Municipio de Soacha a realizar la inspección al lugar donde el señor Infante Gómez había sufrido un accidente laboral el día anterior evidenciaron que el canal de manejo de aguas lluvias en el que cae el



causante tenía la correspondiente rejilla de seguridad, por lo que la empresa cumplió con su obligación de protección de los trabajadores.

Adicionalmente, ninguno de los testigos traídos al proceso estuvieron presentes al momento del accidente sufrido por el señor Infante Gómez; luego no hay ninguna prueba que controvierte lo señalado en la inspección del lugar.

Ahora, contrario a lo señalado por el apoderado de la parte demandante la empresa conforme lo relatan los testigos principalmente el señor Luís Ladino Jefe de la planta en la que laboraba el señor Infante Gómez, testimonio que no se evidencia que sea contradictorio, establecen de manera clara que una vez ocurrida la caída del trabajador es atendido por uno de los brigadistas, quien lo lleva a la enfermería y espera que lo revisen las personas de la Salud en el trabajo; que el trabajador al caerse se pegó en las canillas y un brazo; que en enfermería se le hace un seguimiento; indica que la coordinadora de salud en el trabajo aconseja llevarlo a revisión a la EPS a lo cual se niega el trabajador, indicando que el dolor en las canillas había disminuido. Que una vez se le hace seguimiento se le autoriza la salida a su casa. Explicó además el testigo los protocolos que tiene la empresa para la atención primaria en caso de estos sucesos.

Declaración que coincide con la versión de la Coordinadora de Seguridad y salud en el trabajo Luz Myriam Garzón Melo dirigida a la SIJIN quien además manifiesta que cuando le revisa la pierna al trabajador evidencia raspones y que éste podía caminar; que no se evidenció ninguna fractura ni herida y que le manifestó a su jefe inmediato que lo iba a estar observando pero que lo veía bien, lo cual se corrobora con el video de la salida del trabajador de la planta en donde se evidencia que va caminando normalmente; no se observa que tenga algún problema al caminar, por lo que no es posible entender que cuando la testigo Ana Herminda Vásquez señala que se encontró al señor Infante Gómez cerca de la empresa demandada y que iba que no podía caminar, esto tuviera algo que ver con la caída que había sufrido en la mañana.



Ahora dice el abogado de la parte demandante que no entiende como una persona que sufre un accidente a las 5:40 a.m. viene a tener el permiso para salir a las 9:30; lo cual considera la Sala que no es una situación anormal, pues precisamente como lo relata el testigo Luis Ladino no salió de manera inmediata porque debía ser revisado y prestársele la atención primaria; por el contrario lo que se evidencia, es que la empresa actuó con diligencia al valorar de manera inmediata a su trabajador y al tenerlo en observación.

Siendo necesario precisar, que tampoco es de recibo el dicho de la parte demandante donde afirma que la contradicción del testigo Luis Ladino radica entre otras cosas en que refiere que el señor Infante Gómez sufrió lesiones en la canilla y en el brazo, pero que no menciona la cabeza; pues en el informe pericial de la necropsia aparece que no se hallaron lesiones en la cabeza, lo cual confirmaría el dicho del testigo.

Tampoco puede asegurarse como lo pretende la parte demandante que como el día que falleció había sufrido una caída a las 5:40 a.m. esto tenga una relación directa o indirecta; pues nótese que al ordenar el archivo de la investigación la Fiscalía señala que los estudios complementarios solicitados durante la práctica de la necropsia arrojaron como causa de la muerte falla multisistémica secundaria a proceso cardiaco de hipertrofia cardiaca, insuficiencia renal y falla hepática. Señalando la Fiscalía de manera textual “...se descarta que el accidente laboral halla tenido relación directa con la muerte de JOSE AGUSTIN, ya que esta se atribuye a una falla cardiaca y se ordena el archivo de la investigación”.

Así las cosas, estima la Sala que, los medios de prueba recaudados permiten determinar con alto valor de verdad, que el accidente de trabajo que sufrió el señor Infante Gómez no tuvo la magnitud de ocasionar su fallecimiento, por el contrario como lo señaló el informe de necropsia su deceso se debió a una falla cardiaca la cual la empresa demandada no tenía forma de predecir.

Además, que como lo dijo el A quo se le brindó la atención necesaria al momento de la caída dentro de la empresa, es más, uno de los testigos



traídos por la parte demandante como lo es el señor Luís Hernán Ortiz Paramo señaló que luego de haber sido atendido siguió ejerciendo sus funciones.

Bajo este panorama no puede configurarse un escenario de responsabilidad subjetiva frente al empleador, cuando el hecho generador del fallecimiento se encuentra fuera de la órbita de responsabilidad de la demandada y no tiene nexo de causalidad con el accidente de trabajo (caída) sufrida en la mañana.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a confirmar el fallo absolutorio de primer grado, como quiera que la juez a quo arribó a similares conclusiones.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO DE IRIS PATRICIA MARTÍNEZ PEÑA VS PROTECCIÓN Y OTROS
RAD N° 17-2019-179-01

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los intervinientes contra el auto proferido por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veinticinco (25) de octubre de dos mil veintidós (2022), por medio del cual el Juez de primera instancia resolvió **decretar la nulidad de la notificación realizada a los intervinientes excluyentes, teniéndolos notificados por conducta concluyente y otorgándoles 10 días para presentar su escrito de intervención de acuerdo con el artículo 63 del CGP.** (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Dentro del término concedido en providencia anterior, fueron recepcionadas alegaciones por parte de los intervinientes excluyentes.

HECHOS

La señora **IRIS PATRICIA MARTINEZ PEÑA**, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda en contra de **PROTECCIÓN SA**, para que se le condene a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes, indexada y ajustada de acuerdo con el IPC; reconocimiento que solicita al haber constituido unión marital de hecho con el señor **EDGAR SILVINO SABOGAL GOMEZ**, quien falleció el 15 de junio de 2016. Solicita citar en calidad de litisconsortes a los padres del causante. (Expediente Digital).

Mediante la Decisión que hoy revisa la Sala, el Juez, luego de escuchar los argumentos sobre la nulidad que presentara el apoderado de los intervinientes ad excludendum, en los que básicamente se afirma que los progenitores del causante residen en granada no en la dirección aportada; y luego de correr traslado del mismo; lo resolvió manifestando:

“Procede entonces el despacho a resolver lo pertinente frente a la nulidad propuesta por el apoderado judicial de los intervinientes excluyentes, señores Humberto Sabogal Cortés y María del Rosario Gómez, con fundamento en la indebida notificación que se intentó surtir a sus representados para lo cual el despacho presenta las siguientes consideraciones:

*El artículo 133 del CGP establece que el proceso es nulo en todo o en parte cuando: numeral 8 no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas o el emplazamiento de las demás personas que deban ser citadas como parte; por su parte, el artículo 134 del mismo Estatuto, establece como oportunidad para proponer la nulidad que esta podrá alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta si ocurriera y a su vez el artículo 135 del mismo Estatuto general, dentro de los requisitos para proponer la nulidad, establece el requisito de la legitimación para alegar la nulidad; requisitos entonces que sin duda se cumplen en el presente caso, pues los llamados a alegar y a proponer la nulidad son los intervinientes excluyentes tal y como lo señala el apoderado que los representa, ya entrando en materia entonces, dice el apoderado judicial de los intervinientes, que sus representados no pudieron comparecer y hacerse parte del proceso e intervenir en la calidad en que fueron citados en la zona, que las comunicaciones mediante las cuales se pretendió citarlos al proceso fueron dirigidas a una dirección que no correspondía a la dirección donde ellos residen, para el efecto entonces nos remitimos a las actuaciones surtidas **y en efecto se constata que en un momento determinado y por información que fue brindada por la apoderada de la demandada Protección SA, se indicó que la dirección donde residían la señora María del Rosario Gómez y el señor Humberto Sabogal Correspondía a la Carrera 86 B bis a # 42 F 16 sur, barrio dindalito de la ciudad de Bogotá y a esa dirección se dirigieron las comunicaciones y citaciones respectivas intentándose de esa manera entonces lograr la notificación de rigor; sin embargo a partir de los folios, 212 y siguientes y los folios 221 a 230 , se constata que finalmente las actuaciones que se adelantaron tendientes a surtir esa notificación no surtieron efectos positivos, tal y como lo indicó en su momento la empresa de mensajería la cual se encargó de la diligencia de remitir las comunicaciones y de llevar las comunicaciones, esta indicó y dejó la constancia en el sentido de que en la dirección indicada o bien la dirección no existía o bien no se localizaba o no pudieron ser localizadas las personas destinatarias de las comunicaciones.***

Posteriormente se citó para audiencia el artículo 77, oportunidad en la cual se declaró concluida la gestión del curador AD litem, que había sido designado para representar a los intervinientes excluyentes, se declaró concluida su gestión, pues finalmente el despacho consideró recordando algún pronunciamiento del Tribunal Superior del de Bogotá que la actuación de los intervinientes no es obligatoria, sino que es facultativa y que por esa razón ha agotado las gestiones tendientes a lograr su notificación y en caso de no lograrse tener éxito en esas actuaciones, pues no era posible ni era necesario designar un curador que lo representara y en razón de lo anterior se dispuso continuar con las actuaciones, audiencia en la cual se agotaron las etapas del artículo 77 de CPTSS, se decretaron y se recaudaron algunas pruebas, habiendo quedado pendientes para esta diligencia continuar audiencia de tramite juzgamiento con el fin de recaudar otras pruebas y en esta oportunidad comparecen los intervinientes excluyentes, representados por apoderado judicial, quien finalmente propone la nulidad de lo actuado invocando esa indebida notificación a su representados.

En ese sentido entonces y remitiéndonos a las actuaciones que se adelantaron, constata efectivamente el despacho que obran en el expediente, información y documentos de los cuales se puede extraer claramente que la dirección donde se localizan los intervinientes corresponde al municipio de Granada, Departamento de Cundinamarca en la dirección Carrera 15 número 915, barrio el triunfo de ese municipio, por lo anterior entonces advirtiéndose que efectivamente se pudo haber incurrido en una omisión o irregularidad procesal que conllevó a vulnerar los derechos del debido proceso y defensa que les asiste a los intervinientes excluyentes el despacho debe concluir que en efecto, estamos presente a la causal invocada y deberá entonces declararse La nulidad de la actuación adelantada en relación con la notificación a los intervinientes, excluyentes, omisión entonces que es saneada como remedio procesal, para garantizar a los intervinientes que puedan actuar en debida forma ante el presente trámite y de conformidad con lo que he estado en la ley, intervenir y solicitar pruebas que consideren pertinente. El despacho quiere en todo caso destacar que si bien en un principio se trató de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa que en su momento consideró que les debía garantizar a los intervinientes excluyentes y por eso optó por la decisión de designar un curador ad Litem que los representara, habiéndose posesionado el curador y habiendo presentado un escrito de contestación de la demanda, también debe el despacho reconocer que en su momento se requirió al curador para que presentara la intervención, ajustándose a los términos exigidos por la ley, artículo 63 del CGP, sin que finalmente el curador ad litem hubiese cumplido con esa carga que se le impuso desde el momento en que se admitió esa contestación o el escrito que a manera de contestación, presentó el curador, posteriormente el despacho y revisando ese criterio que en ese momento había sido aplicado, consideró que en todo caso no había lugar a la designación de curador y se dispuso dejarse en efecto esa designación pero esto se resalta para indicar entonces que a través de ese mecanismo se trató de garantizar la participación y la intervención de las personas convocadas como intervinientes excluyentes, por lo cual entonces, al no haberse logrado finalmente ese propósito, considera el despacho que es la oportunidad para sanear esa omisión y permitirles a los intervinientes hacerse parte en el proceso.

En consecuencia y atendiendo la solicitud que formula su vocero judicial, se dispondrá tenerlos por notificados por conducta concluyente en los términos previstos en el artículo 301 del CGP y concederles el término de 10 días hábiles que se contarán a partir del día siguiente, con la celebración de esta audiencia a partir del día 26 de octubre, aclaro, para que presenten su escrito de intervención sujetándose a los lineamientos y reglas exigidas en el referido artículo 63 del CGP, debe advertirse además tal y como lo indiqué en un momento anterior, que en la audiencia pasada se agotaron las etapas del artículo 77, por lo cual las actuaciones se retrotraerán únicamente al surtirse la etapa de conciliación con los intervinientes, excluyentes y las demás etapas procesales pero advirtiéndose que conservarán su plena validez y efecto, las pruebas que la audiencia de ese día se recaudaron, audiencia que se celebró el día 30 de agosto pasado, oportunidad en la cual se recaudaron algunas de las pruebas habiendo quedado pendientes otras pruebas incluyendo precisamente el interrogatorio que había sido decretado a solicitud de protección S.A a los intervinientes excluyentes conservarán su plena validez, lo que implica entonces que la parte interviniente podrá solicitar nuevas pruebas, en cumplimiento y en desarrollo de las facultades que le otorga la intervención como intervinientes excluyentes; en consecuencia entonces se declarará prospera la nulidad propuesta y en consecuencia se dispondrá en surtir en debida forma la notificación a los intervinientes, actuación que reiteró habrá de entenderse cumplida por conducta concluyente, se dispone además conocer el término de 10 días para que presenten su escrito de intervención, se advierte además que las pruebas recaudadas, decretadas y recaudadas en la audiencia del pasado 30 de agosto conserva su plena validez y finalmente se dispone que una vez cumplidas las actuaciones correspondientes a la intervención de los terceros intervinientes se cite nuevamente

audiencia el artículo 77 oportunidad en la cual entonces se dispondrá rehacer las actuaciones en relación con los intervinientes...”

El apoderado de los intervinientes interpuso recurso así: “...Teniendo en cuenta que de manera informal el despacho nos manifestó o nos invitó de manera amistosa a determinar el avance del proceso y pues teniendo el suscrito la facultad legal manifestó que presentó **recurso de apelación parcial** en contra de los efectos formulados por este despacho. teniendo en cuenta las siguientes razones: Lo primero es que se comparten las conclusiones fácticas respecto de la dirección de notificación que de manera complementaria el despacho podía advertir o la parte demandante se comprende obviamente la carga judicial que tienen los jueces, sin embargo hay unos deberes procesales que puedan afectar la validez del proceso de la misma manera a los abogados nos corresponde conocer el expediente y advertir e informar a la administración de Justicia cualquier tipo de evento que se pueda presentar, lo anterior es importante para no banalizar el asunto, pues no se puede desconocer el enorme esfuerzo que hizo el juzgado vinculando a mis representados, la gestión que hizo ante Protección, pero también el error involuntario pero no menos cierto es que tanto el despacho como la respetada colega podían haber advertido claramente que mis mandantes vivían en el municipio de Granada, también se comparte que se haya decretado la nulidad con el efecto de conducta concluyente contabilizándose el término a partir del día de mañana y permitiendo la intervención, pero la solicitud que se hace respetuosamente al Tribunal es la siguiente: **y es el efecto que ha generado el despacho de mantener la validez de las actuaciones de la audiencia del 30 de agosto respecto de la práctica de las pruebas, pues a juicio del despacho la intervención de los excluyentes es facultativo, valga señalar para controvertir lo anterior que cuando se decreta una nulidad el efecto propio y natural es que todas las actuaciones a partir de esa notificación quedan sin valor y efecto, y ello es así porque en lo que corresponde a la controversia e intervención la sala de casación laboral en el auto AL 698 de 2020, manifestó de manera muy sencilla el concepto e indicó lo siguiente: “es la forma de vinculación adecuada cuando se discute la prestación y dice más adelante, siempre y cuando previamente no se haya reconocido la prestación a uno de ellos a hijos menores que se repite, es una verdadera intervención principal, consiste en hacer valer frente a dos partes contendientes del proceso”, eso qué significa Honorables Magistrados que si la parte demandante ya estuviera el derecho bien todo en parte y la intervención a excludendum cuando se ejecuta también aspira lo mismo, lo lógico y natural del efecto de la notificación es que tengan igualdad y es lo que permite que pueda controvertir las pruebas de la parte demandante y a su vez el demandante controvertir las pruebas de la intervención ad excluendum, entonces, en ese sentido si bien es cierto se comparte la nulidad, la causalidad y demás el efecto es que a partir del día siguiente de esa notificación por conducta concluyente, se entiende sin valor y efecto todas las actuaciones propio dentro de un debido proceso porque ya la intervención no es facultativa, la intervención es clara y positiva para buscar o pretender en todo el derecho del litigio, luego entonces no sería justo y equitativo que se le diera validez a las pruebas de la parte demandante sin la posibilidad de que el suscrito como podrá ver los intervinientes lo hubiesen podido controvertir y será abiertamente ventajoso para la parte actora quien a su vez sería mucho más beneficioso que si tuviera la posibilidad de controvertir los testigos que se van a formular en la intervención....”**

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso que se dirige a cuestionar el efecto de la nulidad toda vez que asegura no tuvo oportunidad de controvertir las pruebas luego no puede dársele validez; previas las siguientes precisiones.

Efectivamente en decisión AL 698 DE 2019 Rad 86788 de 26 de febrero de 2020 la CSJ al definir un conflicto de competencias aclaró cuál de las figuras contempladas en el CGP era la procedente cuando se discutía un derecho como la pensión de sobrevivientes. Al respectó expresó:

“(…)

En ese sentido, es evidente que en la actualidad se encuentra pendiente de notificación, una parte del extremo demandado en el Juzgado de Cali, en tanto que en el Juzgado de Bogotá ese paso ya se completó, lo que conduce a concluir que el proceso más antiguo es el que se desata en esta última ciudad, a lo cual hay que aclarar, que las personas que en las dos sedes judiciales se ordenó vincular como litisconsorcio necesario del extremo pasivo, en realidad no lo son, pues como lo ha sostenido en forma insistente la Sala, en tratándose de pensión de sobrevivientes, la intervención ad excludendum del artículo 53 del C.P.C., que hoy, el artículo 63 del Código General del Proceso denomina intervención excluyente, es la forma de vinculación adecuada cuando se discute la prestación entre cónyuge y compañera o compañero permanente, o entre compañeras o compañeros permanentes, siempre y cuando previamente no se haya reconocido la prestación a uno de ellos o a hijos menores, que se repite, es una verdadera intervención principal, consistente en hacer valer frente a dos partes contendientes en el proceso, un derecho propio e incompatible con la pretensión deducida inicialmente en el proceso, y con ello excluir los derechos de los reclamantes, por lo que para efectos de la acumulación de procesos, sus notificaciones no se tienen en cuenta, sino las de las personas que en realidad deben salir a oponerse a las pretensiones, que para este caso son, la entidad pensional y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado....”

Observa la Sala que, aunque en la demanda se solicitó vincular a los progenitores del causante en virtud de lo señalado en el artículo 62 del CGP; esto es como litisconsortes cuasinecesarios, fueron vinculados por el juzgado como litisconsortes necesarios y se ordenó la notificación en esa calidad; sin que como señala la corte, ninguna de las dos fuese la figura procesal procedente.

En ese orden y al tampoco haberse realizado la notificación en debida forma a quienes erradamente fueron así vinculados, el Juzgado declaró la nulidad de lo actuado, pues en verdad en la audiencia celebrada el 30 de agosto de 2022, los señores HUMBERTO SABOGAL CORTÉS Y MARIA DEL ROSARIO GOMÉZ SABOGAL, fueron representados por curador ad litem; cuando la notificación como se encontró después, efectivamente se había intentado en un sitio en donde no residían; todo ello en verdad para garantizar el debido proceso y la adecuada intervención de estas personas, consideradas ahora en el CGP, como partes; pues se encuentra en el capítulo II del título I de la sección segunda de este ordenamiento; denominado **LITISCONSORTES Y OTRAS PARTES**.

Resulta adecuada entonces esa medida, y es claro que dado lo ordenado en el artículo 63 del CGP, esta intervención puede o no ser ejercida por quien pretenda el derecho, lo cual en este caso surge evidente, dada la participación de los

mismos, mediante apoderado, quien no solo así lo manifestó, sino quien además dio lugar al incidente de nulidad.

Ahora bien, en esa audiencia realizada el 25 de octubre de 2022 y como consecuencia de esa nulidad, el juez tuvo a los intervinientes notificados por conducta concluyente, conforme al artículo 301 del CG P, otorgándoles 10 días para presentar el escrito de intervención.

No obstante, el Juez declaró que las pruebas celebradas en la audiencia del 30 de agosto de 2022, conservarían validez, lo que se opone sin duda y en ello le asiste razón al recurrente; lo señalado en el inciso final del artículo 138 del C G P el cual señala: “... *La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas....*”

Y es que evidentemente, en esa oportunidad se escucharon declaraciones de testigos, se realizó interrogatorio de parte, sin que los intervinientes a través de su apoderado pudiesen controvertirlas dada su ausencia ante la indebida notificación; luego la decisión adecuada a un verdadero saneamiento del proceso es ordenar realizar nuevamente la audiencia del artículo 77 y la práctica de las pruebas.

En consecuencia, la Sala modificará el auto apelado, ordenando que el Juez de primera instancia, cite a audiencia del artículo 77 del C P del T y S S, practicando nuevamente las pruebas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el auto apelado, y en su lugar ordenar se rehaga la actuación y se practiquen las pruebas, para la cual se citará nuevamente a la audiencia contemplada en el artículo 77 del C P del T y de la S S.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES ROSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2019-766-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: SIMÓN DAVID CADAVID GRISALES

**DEMANDADO: AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO
AVIANCA SA**

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada **AVIANCA SA**, contra la decisión proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el día catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud se decidió diferir el estudio de la excepción de cosa juzgada a la sentencia que ponga fin a la instancia, así como la que se denominó falta de competencia especial. (Expediente Digital)

Previo a resolver el fondo del asunto, se tiene que el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de **reposición** contra el auto que data del 3 de febrero del año en curso y mediante el cual, se dispuso correr traslado para alegar de conclusión, indicando que mediante providencia de fecha 14 de diciembre de 2022, se había admitido el recurso y dado oportunidad para alegar, no siendo posible conceder término por segunda vez para el mismo efecto.

Al respecto observa el despacho que le asiste razón a esta parte, por cuanto en providencia de fecha 14 de diciembre de 2022, se dispuso la admisión del recurso y el traslado a las partes para alegar de conclusión por el término común de 5 días, oportunidad en que contrario a lo señalado por el recurrente, también se allegaron alegaciones por la parte demandante que se recibieron directamente en el buzón del correo del despacho y que al igual que las de la pasiva, se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de primera

instancia, en consecuencia, se dispone **reponer** la decisión recurrida y en consecuencia, dejar **SIN VALOR Y EFECTO**, la parte pertinente de la providencia proferida el 3 de febrero de 2023, en cuanto dispuso correr traslado para alegar de conclusión, dejándola incólume en lo demás.

Sentado lo anterior, se pasa a resolver el asunto:

El señor **SIMÓN DAVID CADAVID GRISALES**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA** para que se declare que se declare que el actor fue despedido sin justa causa, estando vigente un conflicto colectivo, violando la convención, el debido proceso, la CP, el laudo arbitral, siendo la decisión de huelga imputable al empleador; solicitando el reintegro, declarando que no existió solución de continuidad y el pago de salarios, prestaciones y vacaciones, perjuicios morales, indexación, extra y ultra petita y costas del proceso.(Expediente Digital).

El Juez 17 laboral del Circuito, en la decisión que hoy revisa la Sala decidió diferir el estudio de la excepción de cosa juzgada asó como del falta de competencia especial afirmando, en síntesis: *“...El despacho procederá a analizar en relación entonces en primer lugar con la excepción de cosa juzgada, la cual fue propuesta con el carácter de excepción previa y también fue invocada como excepción de mérito, el despacho debe advertir que dado el sustento de la excepción, se hace necesario recaudar la totalidad de pruebas solicitadas por ambas partes para determinar entonces la procedencia de concluir si estamos frente a Instituto de la cosa juzgada, frente a las pretensiones que hacen alusión al cese ilegal de actividades en que dice la demandada, incurrieron los trabajadores de Avianca para un período determinado, decisiones que dice fueron sometidas a conocimiento y decisión ya de la autoridad competente y que por esa razón escapan a la posibilidad de conocimiento o decisión del juez ordinario en este proceso laboral y esos argumentos entonces que sin duda corresponden precisamente al sustento de la excepción solo pueden ser revisados, analizados y corroborados luego de la valoración probatoria correspondiente; por esa razón se hace necesario trasladar para ser decidida con el carácter de excepción de mérito de fondo, la excepción de cosa juzgada, pues se insiste atendiendo el planteamiento general que se hace esta excepción deberá el despacho determinar si en relación con cada una de las pretensiones que son invocadas en la excepción y que son debidamente señaladas y relacionadas, se presenta esa excepción de cosa juzgada, se insiste entonces en que esta excepción deberá ser trasladada para ser decidida como de mérito como también lo pidió la demandada; debo precisar respecto a esta decisión que trasladar la excepción para ser decidida como de mérito no se vulneran ni se desconoce ningún derecho de las partes ni ninguna norma procesal, por lo que debe también precisarse que esta decisión no admite recurso alguno.*

Ahora bien, también propone la demandada una excepción a través de la cual cuestiona la competencia que le asiste a este juez ordinario en la especialidad del trabajo para conocer de algunas de las pretensiones que son formuladas por el demandante, así titula La excepción, dividiéndola en dos componentes un primer componente denominado falta de competencia general, que hace alusión básicamente, a que el demandante pretende a través de este proceso obtener que se declare en primer lugar su condición de afiliado miembro de la organización sindical, Asociación colombiana de Aviadores Civiles y en segundo lugar de acuerdo con la revisión que hizo el despacho del texto de la demanda, que se declare además que la asociación sindical referida, presentó pliego de peticiones a la

sociedad demandada Avianca S.A el 8 de agosto 2017 y a continuación, que se declare que la terminación o despido del demandante acaeció dentro de los términos y en momentos en que se encontraba adelantándose el conflicto colectivo promovido con ocasión del pliego de peticiones presentado por Acdac y en este punto entonces para acometer el análisis de esta primera parte o componente de la excepción, el despacho debe empezar por advertir que la cláusula general de competencia se le atribuye el legislador al juez ordinario, la especialidad del trabajo está claramente señalada en el 2 del CPTSS, modificado por la Ley 712 de 2001, artículo 2 y el numeral 4, que fue recientemente o de fecha más reciente modificado por la Ley 1564 de 2012. Para los efectos que nos interesan dice la norma que son de conocimiento del juez ordinario en la especialidad laboral, los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo, señalándose además que también conocen las acciones sobre fuero sindical, cualquiera que sea la naturaleza de la relación laboral, para lo que nos interesa entonces el despacho se centrará en el numeral primero, que fija reiteró la cláusula general de competencia atribuido al juez ordinario laboral y a la luz de esa cláusula, resulta evidente que la controversia sometida a conocimiento del juez ordinario a través de esta demanda encaja dentro de los asuntos que debe y puede conocer el juez ordinario, sin embargo a partir del análisis de la excepción propuesta en efecto advierte el despacho que al momento de admitirse la demanda se pasó por alto que el demandante en los numerales 1 y 2 de sus pretensiones principales pretende reclamar del juez que se declare su calidad de miembro de una organización sindical y que se declare además que esa organización sindical formuló pliego de peticiones al empleador, pretensiones que efectivamente escapan al conocimiento del juez ordinario y por esa razón, desde ese punto de vista le asiste razón a la demandada en la excepción que propone; sin embargo no puede tenerse como consecuencia de esa situación que en su momento no fue advertida por el juzgado la consecuencia no puede ser sacrificar el derecho del demandante a continuar debatiendo y sometiendo a conocimiento del juez las demás pretensiones, para las cuales, sin duda el juez sí resulta competente por lo menos en lo atinente a debatir las circunstancias de terminación de contrato y concluir o establecer si hay lugar a un reintegro o hay lugar al pago de una indemnización por terminación de contrato, no sería, entonces procedente sacrificar teniendo en cuenta que esas pretensiones sacrificar el derecho del demandante a continuar con su proceso por esa razón y advirtiendo esa situación el despacho considera necesario adoptar una medida de saneamiento tendiente a devolver la demanda y pedirle a la parte actora que subsane esa falencia, pues nos encontramos sin duda frente a una indebida acumulación de pretensiones, se reitera ni el juez en este proceso es competente, ni tampoco sería el trámite que correspondería para decidir esas pretensiones relacionadas con la calidad del demandante frente a la organización sindical invocada y declarar adicionalmente que se presentó un conflicto colectivo entre la organización sindical y la empleadora del demandante; entonces frente a lo anterior y al no haberse advertido en su momento que nos encontramos frente a una falencia por la cual debió inadmitirse la demanda y pedirle a la parte actora que la subsanara el despacho, entonces dejará sin efecto las actuaciones correspondientes y se dispondrá conceder el término de 5 días a la parte actora para que subsane la demanda.

Esto sería una medida de saneamiento que se adoptaría tendiente reitero, a garantizar el derecho de la parte actora y de la parte demandada a poder formular nuevamente su demanda debidamente subsanada y a que la parte demandada se pueda pronunciar nuevamente frente a los defectos que fueron a la demanda y obviamente frente a los defectos que hubiesen podido ser subsanados, esto entonces se dirá o se reiterará al momento de la etapa de saneamiento, pues en este momento también debo recordar que estamos en la etapa de decisión de excepciones previas y el componente que la demandada denomina como falta de competencia especial hacen alusión, tal y como lo indica y lo citan sustentable excepción en que la ilegalidad del cese de actividades o paro colectivo de trabajo corresponde definirla en primera instancia a la sala laboral del Tribunal Superior competente y a continuación, luego de citarse la norma correspondiente, artículo 451 del CST, a continuación la parte demandada nuevamente invoca y reitera el sustento

fáctico y jurídico de la excepción denominada cosa juzgada, para concluir que frente a lo anterior opero cosa juzgada pues ya la autoridad competente decidió y calificó o tomó una decisión en materia de actividades que se mencionan e incluso se mencionan las providencias que fueron adoptadas tanto por el Tribunal Superior de Bogotá como por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que reitera entonces que el sustento fáctico y jurídico de la excepción que se denomina falta de competencia especial corresponde al mismo argumento que se expuso en la excepción de cosa juzgada y esos argumentos, reitero, deberán ser analizados y decididos al momento de dictarse sentencia, lo que significa entonces que en esos términos serán resueltas las solicitudes que a título de excepción previa fueron propuestas por la demandada.

La apoderada de la demandada solicita aclaración del auto; porque señala el despacho que está tomando una medida saneamiento ante la observancia justamente de unas fallas en el escrito de la demanda principal presentado por la parte actora y que en su momento debió ser advertidas por el despacho.

El Juez afirma que lo primero que debe precisar el despacho es que en relación con la excepción de cosa juzgada que tiene inicialmente su fundamento así se tituló como excepción de cosa juzgada y un componente adicional en la excepción que se denominó falta de competencia especial, el despacho reitera su criterio en que esa excepción solamente podrá ser decidida al momento de dictarse sentencia; sin embargo, resulta claro que luego al acometer el análisis de la otra excepción, que se denominó falta de competencia general o especial y en estricto sentido técnico debió haber empezado el despacho por analizar este punto de la contestación de la demanda, resulta claro en primer lugar que si bien el CGP en su artículo 100 consagra como excepción previa la falta de jurisdicción o de competencia en el presente caso, la parte demandada la titula falta de competencia general y especial, con base en los argumentos allí analizados y es ahí donde no comparte el despacho la forma en que se tituló o se denominó la excepción porque en estricto sentido no se está cuestionando en general las atribuciones y competencia general que le asiste al juez ordinario en la especialidad del trabajo, en este caso al Juzgado 17 laboral para conocer de la presente controversia ordinaria planteada por el demandante en contra de Avianca S.A, el reparo es que hay 2 pretensiones, por lo menos que efectivamente escaparían al conocimiento o la decisión en la sentencia final de este proceso ordinario y en ese punto el despacho reconoció que en su argumento le asiste razón a la parte demandada cuando planteó, llamó la atención acerca de este punto, pero debo también insistir en que se trata de 2 pretensiones dentro de un conglomerado de peticiones del demandante, todos excepto dos pretensiones que no pueden conllevar a concluir que yo no tengo competencia para continuar conociendo de la controversia, por esa razón entonces la única solución viable porque no se podría sacrificar el derecho del demandante ni tampoco desconocer que le asiste razón a la demandada es precisamente invocar como medida de saneamiento la posibilidad de encontrarnos frente a una indebida acumulación de pretensiones y ordenarle a la parte demandante que subsane ese defecto advertido y nuevamente entonces dentro del término que la ley concede que procedan a subsanar esa demanda y deberá nuevamente impartirse el trámite que corresponda a la nueva demanda debidamente subsanada y debidamente corregida y en caso de que efectivamente el despacho considere que no se cumplió a cabalidad con tales postulados, la demandada podrá o bien el despacho podrá adoptar una decisión en el sentido de rechazar la demanda o la parte demandada podrá optar nuevamente por proponer las excepciones que considere resulten procedentes a la luz de ese nuevo escrito de demanda, entonces la claridad y la petición que hay que hacer es que efectivamente sí debí empezar por referirme como cuestión principal a la falta de competencia tal y como lo denominó la demandada y no haber hecho alusión a la otra excepción, la cual empecé por señalar simplemente para insistir en que esa en todo caso como cosa juzgada debía ser decidido en una sentencia sea en la sentencia en este momento, o sea, en la sentencia que se dicte con posterioridad si tenemos una nueva demanda, ese sería entonces el punto que se fijaría, ahora debo insistir en que la parte demandada también tiene la posibilidad y la tendrá seguramente de contestar una nueva

demanda porque cuando estamos hablando de dejar sin efecto las actuaciones ello conlleva a dejar sin efecto lo que se ha actuado hasta el momento....”

Inconforme con la decisión la apoderada interpone recurso afirmando: “...el despacho efectivamente y de ahí la solicitud de aclaración que se hizo por parte de esta apoderada, indica, de alguna otra manera que se está haciendo un pronunciamiento claro y expreso de lo que fueron las excepciones propuestas por parte de Avianca S.A., es cierto que la excepción propuesta denominada como cosa juzgada se aclaró por parte del despacho que sería resuelta como de fondo y sobre el particular pues no existe ningún tipo de pronunciamiento; no es menos cierto que respecto de la falta de competencia especial la excepción previa propuesta por parte de mi representada si se acaba de hacer un pronunciamiento claro y preciso por parte del despacho, de hecho ha sido enfático en estos momentos señor juez en indicarse que el mismo y que las razones justamente de algún tipo de medida, saneamiento, se limitan a lo que tiene que ver con la falta de competencia general, en tal medida señaló el despacho que la falta de competencia especial propuesta por parte de mi representada de alguna manera no cumplía con los requisitos o consideraba y entiendo que tal medida no prospera la misma en tal sentido es que se le solicita al despacho y se señala nuevamente que efectivamente fue una excepción previa propuesta de manera oportuna con el escrito de contestación de la demanda y entendiéndose las pretensiones que se están señalando en la misma y teniendo en cuenta que se está señalando justamente es una falta de competencia teniendo en cuenta el artículo 100 del CGP, cuando repetimos por analogía expresa del artículo 145, del Código Procesal de trabajo, lo que se tiene en el presente caso y la proposición que se hizo en su momento cuando se presentó la excepción previa era evidentemente que lo que está pretendiendo con las pretensiones declarativas Segunda, séptima décima primera décima, segunda décima, tercera, décima cuarta, decima quinta, décima Sexta, decima séptima y decima octava que se pretende en el día de hoy discutir a través del presente proceso evidentemente ya fueron resueltas por parte del Tribunal Superior de Bogotá la sala laboral mediante la sentencia de primera instancia el 6 de octubre del año 2017, decisión que fue confirmada por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala laboral mediante la sentencia de radicación número 79047 del 29 de noviembre del año 2017.

Su Señoría lo que señala el despacho es que tiene una similitud dicha excepción de falta de competencia con la propuesta como cosa juzgada, pero me permito hacer las siguientes precisiones adicionales, justamente lo que se está tratando de señalar por parte de estos apoderados es en términos de que la situación en las pretensiones que mencioné con anterioridad efectivamente no son un proceso o no, son justamente pretensiones que puedan ser tramitadas a través del presente proceso ordinario laboral en los términos que están siendo solicitadas, por el contrario, justamente esas pretensiones requieren que sean tramitadas a través de un proceso especial que justamente cuya competencia radica en cabeza del Tribunal de ahí que incluso justamente y de una vez aclara que es que no solamente hay una falta de competencia en términos de que no sería el juez laboral del circuito el competente para conocer de las mismas, sino que llegamos a un punto adicional en el cual incluso se tiene que es que dichas pretensiones ya fueron estudiadas por un órgano de cierre; en tal medida nos encontramos incluso hasta en unos temas principales de seguridad jurídica entonces efectivamente su señoría, yo sí quiero presentar el recurso en esos términos establecidos, planteando en estos momentos que lo que entiende está apoderada es que si se hizo un pronunciamiento claro y expreso por parte del despacho en pocas palabras de negarse o de indicar de alguna manera que no estaba o que se declara no probada la falta de competencia especial propuesta por parte de mi representada de manera oportuna, bajo los criterios que ya indiqué con anterioridad y argumentando entonces nuevamente y aclarando a los señores magistrados en gracia discusión de que estos apoderados lo que siempre han

indicado es que efectivamente y si se remite uno, justamente a esas pretensiones específicas que no tienen relación con la falta de competencia general, que fue la que ya entiendo, tomó medidas de saneamiento por parte del despacho, se continúa entonces por parte de estos apoderados observando esas falencias desde el escrito de demanda principal en gracia a discusión su Señoría, si lo que señala el despacho es que efectivamente se retrotraen todos los efectos que no está existiendo de fondo una decisión sobre esa excepción previa de falta de competencia especial, entenderemos y en tal medida se presentarán los recursos o se presentará nuevamente con el próximo escrito de contestación de la demanda las manifestaciones en las excepciones propuestas, las que consideremos conforme el escrito que se radique nuevamente su señoría, entonces su señoría en esos términos muy respetuosos y bajo los argumentos anteriormente expuestos dejo sustentado los anteriores recursos. ..”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, que se refiere única y exclusivamente a lo que denominó falta de competencia especial, pues asegura que algunas pretensiones no son competencia del Juez del Circuito y que además ya fueron resueltas por un organismo de cierre: advirtiendo desde ya que el auto será CONFIRMADO. Veamos las razones.

En primer lugar, la Sala como ya en muchas otras decisiones al respecto, precisa que las excepciones previas o dilatorias, además de taxativas y contempladas en el artículo 100 del C G P; son aquellas que cuestionan el proceso, no el fondo del asunto y por tanto su objetivo o bien es sanearlo, para un correcto desarrollo del juicio que evite nulidades o decisiones inhibitorias, o bien terminarlo cuando es imposible por su naturaleza seguir con el mismo.

De ahí que así se proponga como previa una excepción y se tome el nombre de la ley para tratar de darle esa apariencia; si el Juez encuentra que ataca no el proceso sino el fondo del asunto deberá resolverá como de mérito y en la sentencia, que es justamente lo que en este caso sucedió.

Basta entonces con una simple lectura de la contestación de la demanda para concluir que contrario a lo manifestado por la parte recurrente en recurso y alegaciones, esta excepción no es previa y mucho menos se relaciona con la que el artículo 100 del CGP, contempla como falta de jurisdicción y competencia, pues al interpretar la demanda, deber del Juez como supremo director del proceso; fácilmente se encuentra que todo el tema de la ilegalidad o no del cese de actividades solo puede analizarse para determinar si el despido fue injusto ineficaz y/o nulo; sustento de la pretensión que se plantea en este juicio que es el reintegro y pago de las pretensiones derivadas del mismo.

Salta a la vista y se itera lo ha dicho ya la Sala en casos en los que se demanda a esta misma persona jurídica por los mismos hechos; que se trata de definir dos aspectos jurídicos, esto es **la existencia de un conflicto colectivo** para invocar la protección de él derivada, (Fuero circunstancial que da lugar al reintegro); y la ilegalidad **de una de las etapas del conflicto, esto es la huelga**; que fue lo que definió la corte. En ese sentido deberá el Juez estudiar el asunto para definir si las dos cosas se involucran, si son lo mismo si generan la misma consecuencia; **asunto que sin duda constituye el fondo del asunto; por lo que fácilmente se colige no es una excepción previa y no puede prosperar como tal. (Ver proceso Rad 12-2021-002-01 LUIS EDUARDO PRADA ALDANA VS AVIANCA providencia de fecha 30 de noviembre de 2022 de esta Sala de decisión).**

Ahora bien, no sobra agregar e insistir en que nada se ha resuelto, como equivocadamente sostiene la apoderada, pues cualquier pronunciamiento al respecto del tema al que nos hemos referido; deberá como señaló el Juez hacerse en la audiencia de juzgamiento, lo que se impone en este caso, se repite pues al atacar la excepción, el derecho, deberá resolverse en ese momento procesal; razones que llevan a la Sala a **CONFIRMAR** el auto apelado, sin más consideraciones por innecesarias.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

.

SEGUNDO: COSTAS. A cargo del recurrente.

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL C P DEL T DE LA S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANGELA BIBIANA MARIÑO ACEVEDO VS
PROCINAL RAD N° 17-2020-336-01**

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La señora **ANGELA BIBIANA MARIÑO ACEVEDO**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra de **PROCINAL BOGOTÁ LTDA**, para que previos los tramites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se le condene a pagar aportes a seguridad social desde 2015, al pago de cesantías, sanción por no consignación de cesantías, al pago de subsidios, costas y agencias en derecho. (Expediente Digital)

Como fundamento de sus pretensiones relata en síntesis que existió contrato entre las partes desde el 3 de julio de 2009, para desempeñar el cargo en atención al cliente, que la demandada descontaba del salario los pagos de seguridad social pero no los hacía, que tampoco pagaba caja de compensación familiar, que tampoco consignó cesantías desde 2017, que la jornada laboral era de 10 am hasta las 7 pm de domingo a domingo, quedado el incumplimiento en el pago la demandante ha tenido dificultades en sus obligaciones siendo mujer cabeza de familia. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada a través de apoderado quien se opuso a las pretensiones dada su carencia absoluta de fundamentos facticos. En cuanto a los hechos aceptó el 1, 3,4 5,6,7,9 parcialmente el 2 y13 del 8 y 12 dijo deben probarse, negó el 14. Propuso las excepciones de buena fe de la demandada, inexistencia de causa para demandar y falta de afectación de los derechos reclamados por el acto, incumplimiento del contrato por la actora, falta de causa para demandar o trámite inadecuado de la demanda, genérica, fuerza mayor o caso fortuito. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá profirió

sentencia, calendada nueve (9) de marzo de 2022, por medio de la cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de buena fe, inexistencia de causa para demandar, y falta de afectación de los derechos reclamados por el actor, incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la actora, que fueron propuestas por la demandada, lo anterior según las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la Sra. ÁNGELA BIBIANA MARIÑO ACEVEDO identificada con la C.C. 52.741.234, como trabajadora y la sociedad PROCINAL BOGOTÁ LTDA. EN REORGAIZACIÓN como empleadora, existe una relación labora regida por un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de julio de 2009.

*TERCERO: CONDENAR a la demandada PROCINAL BOGOTÁ LTDA. EN REORGANIZACIÓN a pagar a la demandante, señora MARIÑO ACEVEDO los siguientes valores y por los conceptos que a continuación se indican: a) \$3'450.000 M/Cte., por auxilio de cesantía adeudado; b) \$36'800.000, por sanción por no consignación del auxilio de cesantía a un fondo; c) **por los aportes al sistema de seguridad social en pensión causados desde agosto de 2016 a octubre de 2020,** teniendo en cuenta el ingreso base de cotización de cada uno de los años objeto de la deuda de aportes, y los cuales deberán ser cancelados con destino a la entidad de seguridad social en pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, junto con los intereses de mora y a plena satisfacción de la entidad destinataria del pago.*

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada en proporción del 80%.”

Para llegar a esa conclusión señaló el Juez lo siguiente: “ ... Planteadas así las posiciones, el problema jurídico a que se contrae la presente controversia, consiste en determinar, en primer lugar si con ocasión de la vigencia y ejecución del contrato de trabajo que une a las partes a la demandante se le adeudan las acreencias sociales pretendidas, entre otros, el auxilio de cesantía y el pago de los aportes a la Seguridad Social integral y la procedencia de imponer las condenas, así como las indemnizaciones que se reclaman por mora y falta de pago de aportes a Seguridad Social y de consignación del auxilio de cesantía. Así, entonces, y en aras de avanzar en la respuesta al problema jurídico propuesto, es importante desde ya dejar asentado los fundamentos de hecho que no generan controversia, estos son los atinentes a la existencia de la relación laboral que une a las partes la modalidad del contrato; contrato a término indefinido el extremo inicial 3 de julio de 2009 y que, por lo menos para el 14 de octubre de 2020, fecha de presentación de la demanda según acta de reparto de folio 2 del contrato se mantenía vigente. También podemos dejar sentado el cargo y las funciones desempeñadas por la demandante, sin embargo, se presenta controversia en relación a los montos de salario, pues la demandante afirma que devengó unos valores para los años 2016, 2017, 2018 y 2019 y, a su vez, aportó como prueba documental una certificación que aparece agregada folio 10 del expediente expedida por la división de Recursos Humanos de la demandada el 2 de septiembre de 2020, en la cual se informa que el salario promedio mensual devengado por la demandante asciende a \$1.150.000, por lo que en este aspecto debe advertirse desde ya que no habrá una prueba que dé respaldo a los valores indicados en la demanda y al acudir a la contestación de la demanda, se observa que, si bien el vocero judicial de la demandada aceptó la mayoría de los hechos en su pronunciamiento, respecto al salario, no fue concreto, pues finalmente nada se logró

extraer de la contestación en este aspecto. Luego entonces, ante falta de una prueba diferente, el despacho tendrá que atenerse a la certificación referida aportada por la demandante y que informa, como promedio salarial devengado, la suma de \$1.150.000, valor que se tendrá en cuenta como ingreso base de liquidación y de cotización para las distintas acreencias que se cuantificarán. Sentadas estas premisas, entonces se procede al estudio de las súplicas de la demanda: **auxilio de cesantía**, reclama la demandante el pago del auxilio de cesantía causados entre los años **2017 a 2020** norma o prestación social, que está consagrada en efecto, en el artículo 249 del CST, que se cuantifica a razón de un mes de salario por cada año de servicio y en forma proporcional por fracción de año en el numeral 8 de sus hechos, señala la demandante, que la demanda no ha consignado lo correspondiente al auxilio de cesantía de los periodos referidos y remitiéndonos a la información brindada en la contestación de la demanda y a lo aceptado por el apoderado general de la demandada, Doctor José Libardo Quiroga Espitia en el interrogatorio absuelto en nombre de su representada en diligencia del pasado 29 de noviembre de 2021, confesó tal omisión, tal y como se establece al remitirnos a la diligencia que se puede escuchar entre los minutos 15.19. a 21.01 de la audiencia de esa fecha; así entonces, ateniéndonos a que se encuentra plenamente establecido, la omisión por parte de la empleadora en la consignación o pago del auxilio de cesantía procede entonces ordenar la respectiva consignación en caso de que el contrato aún tenga vida jurídica de los siguientes valores: **para el año 2017, \$1.150.000, para el año 2018 \$1.150.000, para el año 2019 \$1.150.000. Lo que nos arroja un valor liquidado hasta el 31 de diciembre de 2019 de \$3.450.000 por concepto de auxilio de cesantía, insoluto.** Para el año 2020 no se condenará como quiera que a la fecha de presentación de la demanda aún no se había causado el derecho al pago o consignación del auxilio de cesantía y en este punto debo precisar que esta prestación social, según lo consagrado por el legislador, solo se causa y debe ser recibida por el trabajador al momento de la terminación del contrato, mientras el nexo laboral tenga vida jurídica y se mantenga la obligación del empleador es consignar el importe de cesantía a órdenes del fondo administrador que el trabajador elija para efectos de ser depositario de estos valores, por esa razón, entonces la obligación que se impone a la demandada es la consignación del auxilio de cesantía a un fondo, los valores podrán ser retirados por la demandante cuando reúna las condiciones y los requisitos que la ley exige para retiro de Cesantías. **Sanción por no consignación del auxilio de cesantía al fondo administrador:** reclama la demandante que se imponga condena a la sanción prevista en el artículo 99, numeral 3 de la ley 50 de 1990 por la empleadora omitió su obligación legal de consignar la cesantía a orden de un fondo administrador. Así, entonces al remitirnos a la norma se constata que efectivamente establece que el valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el elija, el empleador que incumpla el plazo señalado, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, es un hecho establecido en el presente proceso que la demandante no consignó el valor del auxilio de cesantía a favor de la demandante o por lo menos esas consignaciones no aparecen demostradas en el expediente. Por lo anterior, procede imponer la sanción que se reclama, la cual se cuantifica entonces a razón de un día de salario por cada día de mora. Efectuada entonces, las operaciones aritméticas de rigor, se establece entonces que, a favor de la demandante, la demandada deberá pagar a título de sanción moratoria la suma de \$36.800.000, teniendo en cuenta la tardanza en el pago del auxilio de cesantías, causada entre el 15 de febrero de 2018 y el 14 de febrero de 2020, teniendo en cuenta, vuelva a reiterar que, para el 14 de octubre de 2020, fecha en que se presentó la demanda, aún no se había causado el derecho a consignar el auxilio de cesantía del año 2020, por lo cual, en todo caso la demanda deberá cumplir con esa obligación en los términos legales.

La sanción moratoria entonces por falta de pago de auxilio de cesantía por falta de consignación asciende a la suma de 36'800.000 pesos moneda corriente. Aportes a Seguridad Social en pensión Solicita la demandante que se condene al pago de aportes a la Seguridad Social, entre otros subsistemas, en el de pensión de los ciclos causados entre el 1 de enero de 2015 al 31 de octubre de 2020. No obstante, al remitirnos a la historia laboral que obra a folio 17 a 22 aportada por la demandante,

se constata que la empleadora consignó a órdenes de Porvenir S.A. los aportes correspondientes a pensión hasta julio de 2016, tal y como a su vez, también lo acepta la demandante al hacer alusión en el numeral sexto de los hechos a los periodos que se le adeudan de pagos de pensión y en este punto y para sustentar la condena que se impondrá, resulta pertinente recordar que el artículo 53 de la Constitución Política de nuestro país establece como garantía fundamental en materia laboral el principio de renunciabilidad a los beneficios sociales establecidos en la norma laborales, el cual refleja el sentido de reivindicatorio y proteccionista que para todo trabajador tiene el Derecho laboral, de tal forma que las garantías establecidas en su favor no pueden ni voluntaria, ni forzosamente por mandato legal ser objeto de renuncia. Lo anterior explica el carácter de orden público que revisten las normas que regulan el trabajo humano y el hecho de que los derechos de prerrogativas en ellos reconocidos se sustraigan a los postulados de la autonomía de la voluntad privada, así lo preceptúa el artículo 14 del CST al señalar que las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y por consiguiente los derechos y prerrogativas que ellas conceden, son irrenunciables. Lo anterior se trae a colación para reiterar que en materia de derechos a la Seguridad Social y de manera concreta en lo referente al pago de aportes pensionales, ello constituye un patrimonio inalienable e irrenunciable del trabajador, el cual hace parte de las condiciones de Dignidad y Justicia que deben orientar toda relación laboral. También conviene recordar que la Ley 100 de 1993 entronizó en nuestro Derecho positivo el sistema de Seguridad Social integral, cuya estructura se extiende entre regímenes así, el régimen de pensiones, el régimen de salud y el que riesgos laborales con estos subsistemas se pretende lograr el amparo global de las contingencias que la vida presente y busca proveer a todo individuo a las familias y al colectivo en general de condiciones mínimas o necesarias para resguardar de riesgos o contingencias que puedan impactar su estabilidad económica y deteriorar sus condiciones de vida, pudiendo incluso llegar a afectar su propia subsistencia y la de su grupo familiar desde este punto de vista, el objeto de la Seguridad Social integral es garantizar los derechos irrenunciables del individuo para que permitirle tener una calidad de vida digna mediante la protección de las contingencias que lo afecten, artículo primero de la Ley 100 de 1993 esos componentes como ya se indicó, son pensiones, salud y riesgos laborales y constituyen para los efectos que nos interesan, un conjunto de instituciones que preservan en un todo en bienestar de los trabajadores. Para los efectos que nos interesan y para los efectos de las condenas que se impondrá, conviene recordar que en materia de pensiones el subsistema fue pensado por el legislador para que, con los aportes conjunto del trabajador y del empleador y durante el tiempo legalmente determinado, pueda el trabajador acceder al derecho a una prestación económica pensionada, ya sea en razón de cumplimiento de la edad o cuando circunstancias desafortunadas de la vida de origen común le traigan como consecuencia una pérdida de su capacidad laboral y en el caso de su fallecimiento, la posibilidad de que ese derecho pensional pueda transmitirse a sus beneficiarios y que por parte de la administradora de fondo de pensiones, surja la obligación legal de responderle al afiliado cuando las exigencias legales de causación del derecho se reúna. Por lo anterior es que la omisión en el pago de aportes de ley se traduce en una vulneración del derecho fundamental a la Seguridad Social que ampara a los trabajadores y que pone en riesgo incluso la expectativa de acceder a un derecho pensional, que es precisamente lo que se aduce en la demanda y que sirve de fundamento para la condena que se impondrá. Desde este punto de vista ya advertida, ante tal omisión, lo procedente es ordenar el pago de los aportes al sistema de pensiones por aquellos periodos durante los cuales se estableció la omisión por parte del empleador, para finalizar entonces el sustento normativo de la condena que se impondrá, nos remitimos al artículo 22 de la Ley 100 de 1993, que establece que el empleador será responsable del pago de soporte y del aporte de los trabajadores a su servicio para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado el momento de su pago el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, esta norma la resalto como sustento normativo de la condena que se impondrá. Finalmente, la disposición impone al empleador la carga de responder por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiese efectuado el descuento al trabajador,

remitiéndose entonces a la demanda, encontramos que la trabajadora narra que fueron efectuados los descuentos de ley pero que sin embargo la empleadora no cumplió con la obligación de pagar los aportes correspondientes, luego entonces, teniendo en cuenta que tal afirmación encuentra soporte probatorio en el expediente, se dispondrá el pago de los aportes a la Seguridad Social en pensión, **pero no como se reclama en la demanda desde año 2015, sino desde agosto de 2016 a octubre de 2020 para el efecto se ordenará entonces tener en cuenta el ingreso base de cotización devengado para cada uno de los años anteriores, valores que deberán ser puestos a disposición del fondo administrador de fondos de pensiones, junto con los intereses moratorios que consagra la ley de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, valores que deberán ser consignados a órdenes de la entidad de Seguridad Social en pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, junto con los intereses de mora a plena satisfacción de la entidad destinataria. Recordemos que aquí se trata de un caso de omisión en el pago de unos ciclos, no de falta de afiliación, por lo cual entonces lo que procede es ordenar que, de acuerdo con lo que indique la entidad destinataria deberá efectuarse el pago de los aportes con todos los componentes para efectuar en debida forma ese pago, incluyendo los intereses de mora. También reclama la demandante el pago de aportes a salud, riesgos profesionales y subsidio familiar, teniendo en cuenta entonces que el contrato de trabajo todavía se mantiene de acuerdo con lo que se ha revisado en el expediente, por lo menos para la fecha de presentación de la demanda, resultaría improcedente entonces ordenar el pago de aportes a salud o riesgos profesionales dado que esa obligación debe ser cumplida por el empleador mientras el contrato esté vigente, es decir, para los períodos de durante los cuales el contrato se mantenga y en este punto resulta necesario recordar que la Sala de casación laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia ha orientado que, como regla general, la consecuencia de no pagar los aportes a salud y riesgos laborales, la consecuencia no es ordenar el pago de esos conceptos al trabajador o a las entidades del sistema, pues lo que procede es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido como consecuencia de esa omisión del empleador o el reintegro de gastos que se vio obligado a asumir por no haber tenido la atención oportuna y el cubrimiento oportuno de tales riesgos, posición que ha sido fijada por la Sala de casación laboral, entre otras en sentencia SL 3009 del 2017 magistrado ponente, el doctor Gerardo Botero Zuluaga, sin que en todo caso esas hayan sido las pretensiones formuladas por la demandante, en síntesis, entonces, no se impondrá condena por pago de aportes a salud y riesgos laborales y en el mismo sentido, se absolverá del pago de subsidio familiar, pues no se acreditó que la demandante hubiese informado al empleador sobre la existencia de sus hijos o dependientes beneficiarios del subsidio como para tener derecho al pago de estos conceptos, en consecuencia se absolverá de esta pretensión. **Precisado lo anterior entonces, a continuación, me remito al estudio y análisis de las excepciones propuestas, encontrando que fue alegada la de buena fe, sin embargo, resulta cierto que la demandada finalmente no cumplió con una obligación que está consagrada en la ley como era la consignación oportuna de la cesantía a órdenes de un fondo, no cumplió con esa obligación, tampoco se encuentran acreditado en los supuestos de inexistencia de causa para demandar y falta de afectación de derechos reclamados por la demandante, excepciones que no pueden ser acogidas pues finalmente de la misma narración de hechos que hace la demandante claramente se establece que esa falta de pago y esas omisiones en las cotizaciones a salud y a riesgos profesionales, le impidieron en un momento determinado, poder acceder al servicio médico, perjuicio que también sin duda se extendería a sus familiares, por lo que resulta claro que, en efecto, el incumplimiento de la demandada sí generó una lesión de los derechos de la demandante y tampoco se encontró establecido los supuestos de incumplimiento del contrato por parte de la actora, como fue aducido por la demanda de su defensa, luego entonces se declarará no probadas estas excepciones.....”****

Inconforme con esta decisión la demandada, interpone recurso manifestando:

*“...teniendo en cuenta para el efecto y como sustento de esta impugnación, que la sentencia no hizo ninguna alusión a la excepción de caso fortuito y fuerza mayor que, como se dijo en las alegaciones de conclusión, que no por ser tan sintéticas, dejan de tener vigor. **Se trata de un hecho notorio de público conocimiento la situación de crisis financiera a nivel mundial y particularmente para la industria del entretenimiento, o, en el caso de Procinal, que fue de las más golpeadas por las medidas gubernamentales y de las autoridades de salud en el manejo y la pandemia de COVID-19; de tal manera que reservándome la facultad de ampliar los puntos materia de mi impugnación ante el superior dejó formulada y sustentada el recurso de apelación....”***

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del CST la Sala resolverá los puntos de apelación, advirtiendo desde ya que en esta instancia no es posible ampliar los puntos de impugnación, pues el recurso sólo puede ser sustentado en la audiencia de juzgamiento; siendo únicamente posible ante este Tribunal presentar alegaciones de instancia, las cuales solo dan apoyo a los argumentos del recurso.

En ese orden el asunto a resolver es si la emergencia generada por el COVID 19, que generó crisis financiera mundial siendo la industria del entretenimiento la más golpeada; exonera de las condenas impuestas, expresando el recurrente como parte de su recurso que el Juez no se pronunció sobre la excepción de fuerza mayor y caso fortuito; lo que al ser parte de la impugnación faculta a esta Tribunal para pronunciarse al respecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 287 del C G P, norma que en su inciso segundo consagra: *“ El Juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado....”*

Efectivamente la parte demandada propuso la excepción de fuerza mayor o caso fortuito apoyándola desde que la propuso en el COVID-19, tema en el que insiste en el recurso.

La Sala se permite precisar que de vieja data la Corte suprema de Justicia ha señalado para exonerar al empleador de condenas cuando incumple con sus obligaciones; que la crisis financiera- la que el recurrente invoca como resultado de la emergencia sanitaria- no exonera al empleador incumplido. Se ha dicho entonces:

“(..)

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

propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393)

Claro resulta entonces que además de afirmar que está en crisis, **la demandada debía probar que esa iliquidez era resultado de fuerza mayor o caso fortuito, imposible de prever de otra manera, y lo que dice la Corte es que el fracaso es un riesgo de toda empresa que no debe asumir el trabajador**, y que frecuentemente se debe a conductas inadecuadas de la misma; lo que en este caso aplica perfectamente, pues a pesar de ser ocasionado por un tema sanitario, estas y otras circunstancias, deben contemplarse para poder darles solución, en todas las industrias incluidas las del entretenimiento, que no fue la única afectada por el COVID-19. Por el contrario, reitera la Corte, **se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para, solucionarlas**, excepto en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden hechos estos que debe probar el empleador; lo que en este caso no sucedió tampoco.

Toda empresa o negocio genera riesgos, incluidos los causados, como en este caso por la emergencia sanitaria pero de manera alguna ello puede admitirse como argumento o justificación de no pago, porque sabido es que el trabajador de acuerdo con lo establecido en el art 28 del CST, puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas.**

No sobra agregar lo dicho por la CSJ en sentencia SL3238-2020 Rad 38639 de agosto 26 de 2020 MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, en cuanto a lo que debe entenderse por fuerza mayor o caso fortuito:

“(…)

Y sobre el tema relativo a la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, se ha pronunciado esta

Corporación en reiteradas oportunidades, verbigracia, en la sentencia CSJ, SL 29 may. 2002, rad. 17570, donde asentó:

Dado que la demanda se presentó en términos idénticos e igual argumentación a la que fuera estudiada recientemente en sentencia del 28 de noviembre de 2001, radicación No. 16595, en proceso contra la misma demandada, se remite la Sala a lo que sobre el entendimiento del concepto en cuestión expresó en esa oportunidad, en los siguientes términos:

“En primer término importa aclarar que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º, así:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

“Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. (ver Sentencia de nov 20 de 1989 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2435 Pág. 83).

“Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor. (ver Sentencia de noviembre 13 de 1962 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2261, 2262, 2263 y 2264 Págs. 163 y ss.).

Y es que, aunque nadie podría desconocer lo que mundialmente causó la emergencia generada con el COVID-19, tampoco es cierto que no existiesen mecanismos para resistir a tales efectos, no solo se itera se afectó el entretenimiento, pero muchas fueron las soluciones que permitieron resistir a sus efectos; sin que ello implique el desconocimiento de derechos del trabajador; **máxime cuando los derechos fueron omitidos como en este caso desde 2015 inclusive, generando condenas desde 2016, ante el reclamo específico desde esa fecha, como se dijo en la sentencia, esto es, varios años antes a la emergencia del COVID-19, declarada en 2020, luego de manera alguna, se itera en este caso puede tenerse este argumento para declarar una fuerza mayor o caso fortuito inexistente.**

En ese orden se adicionará el numeral primero de la sentencia recurrida declarando no probada de igual forma la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, y en consecuencia confirmando la sentencia en todo lo demás.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia apelada el cual quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de buena fe, inexistencia de causa para demandar, y falta de afectación de los derechos reclamados por el actor, incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la actora y fuerza mayor o caso fortuito propuestas por la demandada, por las razones expuestas en la providencia.”

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en su totalidad.

Sin COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2019-766-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: SIMÓN DAVID CADAVID GRISALES

**DEMANDADO: AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO
AVIANCA SA**

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada **AVIANCA SA**, contra la decisión proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el día catorce (14) de octubre de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud se decidió diferir el estudio de la excepción de cosa juzgada a la sentencia que ponga fin a la instancia, así como la que se denominó falta de competencia especial. (Expediente Digital)

Previo a resolver el fondo del asunto, se tiene que el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de **reposición** contra el auto que data del 3 de febrero del año en curso y mediante el cual, se dispuso correr traslado para alegar de conclusión, indicando que mediante providencia de fecha 14 de diciembre de 2022, se había admitido el recurso y dado oportunidad para alegar, no siendo posible conceder término por segunda vez para el mismo efecto.

Al respecto observa el despacho que le asiste razón a esta parte, por cuanto en providencia de fecha 14 de diciembre de 2022, se dispuso la admisión del recurso y el traslado a las partes para alegar de conclusión por el término común de 5 días, oportunidad en que contrario a lo señalado por el recurrente, también se allegaron alegaciones por la parte demandante que se recibieron directamente en el buzón del correo del despacho y que al igual que las de la pasiva, se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de primera

instancia, en consecuencia, se dispone **reponer** la decisión recurrida y en consecuencia, dejar **SIN VALOR Y EFECTO**, la parte pertinente de la providencia proferida el 3 de febrero de 2023, en cuanto dispuso correr traslado para alegar de conclusión, dejándola incólume en lo demás.

Sentado lo anterior, se pasa a resolver el asunto:

El señor **SIMÓN DAVID CADAVID GRISALES**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA** para que se declare que se declare que el actor fue despedido sin justa causa, estando vigente un conflicto colectivo, violando la convención, el debido proceso, la CP, el laudo arbitral, siendo la decisión de huelga imputable al empleador; solicitando el reintegro, declarando que no existió solución de continuidad y el pago de salarios, prestaciones y vacaciones, perjuicios morales, indexación, extra y ultra petita y costas del proceso.(Expediente Digital).

El Juez 17 laboral del Circuito, en la decisión que hoy revisa la Sala decidió diferir el estudio de la excepción de cosa juzgada asó como del falta de competencia especial afirmando, en síntesis: *“...El despacho procederá a analizar en relación entonces en primer lugar con la excepción de cosa juzgada, la cual fue propuesta con el carácter de excepción previa y también fue invocada como excepción de mérito, el despacho debe advertir que dado el sustento de la excepción, se hace necesario recaudar la totalidad de pruebas solicitadas por ambas partes para determinar entonces la procedencia de concluir si estamos frente a Instituto de la cosa juzgada, frente a las pretensiones que hacen alusión al cese ilegal de actividades en que dice la demandada, incurrieron los trabajadores de Avianca para un período determinado, decisiones que dice fueron sometidas a conocimiento y decisión ya de la autoridad competente y que por esa razón escapan a la posibilidad de conocimiento o decisión del juez ordinario en este proceso laboral y esos argumentos entonces que sin duda corresponden precisamente al sustento de la excepción solo pueden ser revisados, analizados y corroborados luego de la valoración probatoria correspondiente; por esa razón se hace necesario trasladar para ser decidida con el carácter de excepción de mérito de fondo, la excepción de cosa juzgada, pues se insiste atendiendo el planteamiento general que se hace esta excepción deberá el despacho determinar si en relación con cada una de las pretensiones que son invocadas en la excepción y que son debidamente señaladas y relacionadas, se presenta esa excepción de cosa juzgada, se insiste entonces en que esta excepción deberá ser trasladada para ser decidida como de mérito como también lo pidió la demandada; debo precisar respecto a esta decisión que trasladar la excepción para ser decidida como de mérito no se vulneran ni se desconoce ningún derecho de las partes ni ninguna norma procesal, por lo que debe también precisarse que esta decisión no admite recurso alguno.*

Ahora bien, también propone la demandada una excepción a través de la cual cuestiona la competencia que le asiste a este juez ordinario en la especialidad del trabajo para conocer de algunas de las pretensiones que son formuladas por el demandante, así titula La excepción, dividiéndola en dos componentes un primer componente denominado falta de competencia general, que hace alusión básicamente, a que el demandante pretende a través de este proceso obtener que se declare en primer lugar su condición de afiliado miembro de la organización sindical, Asociación colombiana de Aviadores Civiles y en segundo lugar de acuerdo con la revisión que hizo el despacho del texto de la demanda, que se declare además que la asociación sindical referida, presentó pliego de peticiones a la

sociedad demandada Avianca S.A el 8 de agosto 2017 y a continuación, que se declare que la terminación o despido del demandante acaeció dentro de los términos y en momentos en que se encontraba adelantándose el conflicto colectivo promovido con ocasión del pliego de peticiones presentado por Acdac y en este punto entonces para acometer el análisis de esta primera parte o componente de la excepción, el despacho debe empezar por advertir que la cláusula general de competencia se le atribuye el legislador al juez ordinario, la especialidad del trabajo está claramente señalada en el 2 del CPTSS, modificado por la Ley 712 de 2001, artículo 2 y el numeral 4, que fue recientemente o de fecha más reciente modificado por la Ley 1564 de 2012. Para los efectos que nos interesan dice la norma que son de conocimiento del juez ordinario en la especialidad laboral, los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo, señalándose además que también conocen las acciones sobre fuero sindical, cualquiera que sea la naturaleza de la relación laboral, para lo que nos interesa entonces el despacho se centrará en el numeral primero, que fija reiteró la cláusula general de competencia atribuido al juez ordinario laboral y a la luz de esa cláusula, resulta evidente que la controversia sometida a conocimiento del juez ordinario a través de esta demanda encaja dentro de los asuntos que debe y puede conocer el juez ordinario, sin embargo a partir del análisis de la excepción propuesta en efecto advierte el despacho que al momento de admitirse la demanda se pasó por alto que el demandante en los numerales 1 y 2 de sus pretensiones principales pretende reclamar del juez que se declare su calidad de miembro de una organización sindical y que se declare además que esa organización sindical formuló pliego de peticiones al empleador, pretensiones que efectivamente escapan al conocimiento del juez ordinario y por esa razón, desde ese punto de vista le asiste razón a la demandada en la excepción que propone; sin embargo no puede tenerse como consecuencia de esa situación que en su momento no fue advertida por el juzgado la consecuencia no puede ser sacrificar el derecho del demandante a continuar debatiendo y sometiendo a conocimiento del juez las demás pretensiones, para las cuales, sin duda el juez sí resulta competente por lo menos en lo atinente a debatir las circunstancias de terminación de contrato y concluir o establecer si hay lugar a un reintegro o hay lugar al pago de una indemnización por terminación de contrato, no sería, entonces procedente sacrificar teniendo en cuenta que esas pretensiones sacrificar el derecho del demandante a continuar con su proceso por esa razón y advirtiendo esa situación el despacho considera necesario adoptar una medida de saneamiento tendiente a devolver la demanda y pedirle a la parte actora que subsane esa falencia, pues nos encontramos sin duda frente a una indebida acumulación de pretensiones, se reitera ni el juez en este proceso es competente, ni tampoco sería el trámite que correspondería para decidir esas pretensiones relacionadas con la calidad del demandante frente a la organización sindical invocada y declarar adicionalmente que se presentó un conflicto colectivo entre la organización sindical y la empleadora del demandante; entonces frente a lo anterior y al no haberse advertido en su momento que nos encontramos frente a una falencia por la cual debió inadmitirse la demanda y pedirle a la parte actora que la subsanara el despacho, entonces dejará sin efecto las actuaciones correspondientes y se dispondrá conceder el término de 5 días a la parte actora para que subsane la demanda.

Esto sería una medida de saneamiento que se adoptaría tendiente reitero, a garantizar el derecho de la parte actora y de la parte demandada a poder formular nuevamente su demanda debidamente subsanada y a que la parte demandada se pueda pronunciar nuevamente frente a los defectos que fueron a la demanda y obviamente frente a los defectos que hubiesen podido ser subsanados, esto entonces se dirá o se reiterará al momento de la etapa de saneamiento, pues en este momento también debo recordar que estamos en la etapa de decisión de excepciones previas y el componente que la demandada denomina como falta de competencia especial hacen alusión, tal y como lo indica y lo citan sustentable excepción en que la ilegalidad del cese de actividades o paro colectivo de trabajo corresponde definirla en primera instancia a la sala laboral del Tribunal Superior competente y a continuación, luego de citarse la norma correspondiente, artículo 451 del CST, a continuación la parte demandada nuevamente invoca y reitera el sustento

fáctico y jurídico de la excepción denominada cosa juzgada, para concluir que frente a lo anterior opero cosa juzgada pues ya la autoridad competente decidió y calificó o tomó una decisión en materia de actividades que se mencionan e incluso se mencionan las providencias que fueron adoptadas tanto por el Tribunal Superior de Bogotá como por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que reitera entonces que el sustento fáctico y jurídico de la excepción que se denomina falta de competencia especial corresponde al mismo argumento que se expuso en la excepción de cosa juzgada y esos argumentos, reitero, deberán ser analizados y decididos al momento de dictarse sentencia, lo que significa entonces que en esos términos serán resueltas las solicitudes que a título de excepción previa fueron propuestas por la demandada.

La apoderada de la demandada solicita aclaración del auto; porque señala el despacho que está tomando una medida saneamiento ante la observancia justamente de unas fallas en el escrito de la demanda principal presentado por la parte actora y que en su momento debió ser advertidas por el despacho.

El Juez afirma que lo primero que debe precisar el despacho es que en relación con la excepción de cosa juzgada que tiene inicialmente su fundamento así se tituló como excepción de cosa juzgada y un componente adicional en la excepción que se denominó falta de competencia especial, el despacho reitera su criterio en que esa excepción solamente podrá ser decidida al momento de dictarse sentencia; sin embargo, resulta claro que luego al acometer el análisis de la otra excepción, que se denominó falta de competencia general o especial y en estricto sentido técnico debió haber empezado el despacho por analizar este punto de la contestación de la demanda, resulta claro en primer lugar que si bien el CGP en su artículo 100 consagra como excepción previa la falta de jurisdicción o de competencia en el presente caso, la parte demandada la titula falta de competencia general y especial, con base en los argumentos allí analizados y es ahí donde no comparte el despacho la forma en que se tituló o se denominó la excepción porque en estricto sentido no se está cuestionando en general las atribuciones y competencia general que le asiste al juez ordinario en la especialidad del trabajo, en este caso al Juzgado 17 laboral para conocer de la presente controversia ordinaria planteada por el demandante en contra de Avianca S.A, el reparo es que hay 2 pretensiones, por lo menos que efectivamente escaparían al conocimiento o la decisión en la sentencia final de este proceso ordinario y en ese punto el despacho reconoció que en su argumento le asiste razón a la parte demandada cuando planteó, llamó la atención acerca de este punto, pero debo también insistir en que se trata de 2 pretensiones dentro de un conglomerado de peticiones del demandante, todos excepto dos pretensiones que no pueden conllevar a concluir que yo no tengo competencia para continuar conociendo de la controversia, por esa razón entonces la única solución viable porque no se podría sacrificar el derecho del demandante ni tampoco desconocer que le asiste razón a la demandada es precisamente invocar como medida de saneamiento la posibilidad de encontrarnos frente a una indebida acumulación de pretensiones y ordenarle a la parte demandante que subsane ese defecto advertido y nuevamente entonces dentro del término que la ley concede que procedan a subsanar esa demanda y deberá nuevamente impartirse el trámite que corresponda a la nueva demanda debidamente subsanada y debidamente corregida y en caso de que efectivamente el despacho considere que no se cumplió a cabalidad con tales postulados, la demandada podrá o bien el despacho podrá adoptar una decisión en el sentido de rechazar la demanda o la parte demandada podrá optar nuevamente por proponer las excepciones que considere resulten procedentes a la luz de ese nuevo escrito de demanda, entonces la claridad y la petición que hay que hacer es que efectivamente sí debí empezar por referirme como cuestión principal a la falta de competencia tal y como lo denominó la demandada y no haber hecho alusión a la otra excepción, la cual empecé por señalar simplemente para insistir en que esa en todo caso como cosa juzgada debía ser decidido en una sentencia sea en la sentencia en este momento, o sea, en la sentencia que se dicte con posterioridad si tenemos una nueva demanda, ese sería entonces el punto que se fijaría, ahora debo insistir en que la parte demandada también tiene la posibilidad y la tendrá seguramente de contestar una nueva

demanda porque cuando estamos hablando de dejar sin efecto las actuaciones ello conlleva a dejar sin efecto lo que se ha actuado hasta el momento....”

Inconforme con la decisión la apoderada interpone recurso afirmando: “...el despacho efectivamente y de ahí la solicitud de aclaración que se hizo por parte de esta apoderada, indica, de alguna otra manera que se está haciendo un pronunciamiento claro y expreso de lo que fueron las excepciones propuestas por parte de Avianca S.A., es cierto que la excepción propuesta denominada como cosa juzgada se aclaró por parte del despacho que sería resuelta como de fondo y sobre el particular pues no existe ningún tipo de pronunciamiento; no es menos cierto que respecto de la falta de competencia especial la excepción previa propuesta por parte de mi representada si se acaba de hacer un pronunciamiento claro y preciso por parte del despacho, de hecho ha sido enfático en estos momentos señor juez en indicarse que el mismo y que las razones justamente de algún tipo de medida, saneamiento, se limitan a lo que tiene que ver con la falta de competencia general, en tal medida señaló el despacho que la falta de competencia especial propuesta por parte de mi representada de alguna manera no cumplía con los requisitos o consideraba y entiendo que tal medida no prospera la misma en tal sentido es que se le solicita al despacho y se señala nuevamente que efectivamente fue una excepción previa propuesta de manera oportuna con el escrito de contestación de la demanda y entendiéndose las pretensiones que se están señalando en la misma y teniendo en cuenta que se está señalando justamente es una falta de competencia teniendo en cuenta el artículo 100 del CGP, cuando repetimos por analogía expresa del artículo 145, del Código Procesal de trabajo, lo que se tiene en el presente caso y la proposición que se hizo en su momento cuando se presentó la excepción previa era evidentemente que lo que está pretendiendo con las pretensiones declarativas Segunda, séptima décima primera décima, segunda décima, tercera, décima cuarta, decima quinta, décima Sexta, decima séptima y decima octava que se pretende en el día de hoy discutir a través del presente proceso evidentemente ya fueron resueltas por parte del Tribunal Superior de Bogotá la sala laboral mediante la sentencia de primera instancia el 6 de octubre del año 2017, decisión que fue confirmada por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala laboral mediante la sentencia de radicación número 79047 del 29 de noviembre del año 2017.

Su Señoría lo que señala el despacho es que tiene una similitud dicha excepción de falta de competencia con la propuesta como cosa juzgada, pero me permito hacer las siguientes precisiones adicionales, justamente lo que se está tratando de señalar por parte de estos apoderados es en términos de que la situación en las pretensiones que mencioné con anterioridad efectivamente no son un proceso o no, son justamente pretensiones que puedan ser tramitadas a través del presente proceso ordinario laboral en los términos que están siendo solicitadas, por el contrario, justamente esas pretensiones requieren que sean tramitadas a través de un proceso especial que justamente cuya competencia radica en cabeza del Tribunal de ahí que incluso justamente y de una vez aclara que es que no solamente hay una falta de competencia en términos de que no sería el juez laboral del circuito el competente para conocer de las mismas, sino que llegamos a un punto adicional en el cual incluso se tiene que es que dichas pretensiones ya fueron estudiadas por un órgano de cierre; en tal medida nos encontramos incluso hasta en unos temas principales de seguridad jurídica entonces efectivamente su señoría, yo sí quiero presentar el recurso en esos términos establecidos, planteando en estos momentos que lo que entiende está apoderada es que si se hizo un pronunciamiento claro y expreso por parte del despacho en pocas palabras de negarse o de indicar de alguna manera que no estaba o que se declara no probada la falta de competencia especial propuesta por parte de mi representada de manera oportuna, bajo los criterios que ya indiqué con anterioridad y argumentando entonces nuevamente y aclarando a los señores magistrados en gracia discusión de que estos apoderados lo que siempre han

indicado es que efectivamente y si se remite uno, justamente a esas pretensiones específicas que no tienen relación con la falta de competencia general, que fue la que ya entiendo, tomó medidas de saneamiento por parte del despacho, se continúa entonces por parte de estos apoderados observando esas falencias desde el escrito de demanda principal en gracia a discusión su Señoría, si lo que señala el despacho es que efectivamente se retrotraen todos los efectos que no está existiendo de fondo una decisión sobre esa excepción previa de falta de competencia especial, entenderemos y en tal medida se presentarán los recursos o se presentará nuevamente con el próximo escrito de contestación de la demanda las manifestaciones en las excepciones propuestas, las que consideremos conforme el escrito que se radique nuevamente su señoría, entonces su señoría en esos términos muy respetuosos y bajo los argumentos anteriormente expuestos dejo sustentado los anteriores recursos. ..”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, que se refiere única y exclusivamente a lo que denominó falta de competencia especial, pues asegura que algunas pretensiones no son competencia del Juez del Circuito y que además ya fueron resueltas por un organismo de cierre: advirtiendo desde ya que el auto será CONFIRMADO. Veamos las razones.

En primer lugar, la Sala como ya en muchas otras decisiones al respecto, precisa que las excepciones previas o dilatorias, además de taxativas y contempladas en el artículo 100 del C G P; son aquellas que cuestionan el proceso, no el fondo del asunto y por tanto su objetivo o bien es sanearlo, para un correcto desarrollo del juicio que evite nulidades o decisiones inhibitorias, o bien terminarlo cuando es imposible por su naturaleza seguir con el mismo.

De ahí que así se proponga como previa una excepción y se tome el nombre de la ley para tratar de darle esa apariencia; si el Juez encuentra que ataca no el proceso sino el fondo del asunto deberá resolverá como de mérito y en la sentencia, que es justamente lo que en este caso sucedió.

Basta entonces con una simple lectura de la contestación de la demanda para concluir que contrario a lo manifestado por la parte recurrente en recurso y alegaciones, esta excepción no es previa y mucho menos se relaciona con la que el artículo 100 del CGP, contempla como falta de jurisdicción y competencia, pues al interpretar la demanda, deber del Juez como supremo director del proceso; fácilmente se encuentra que todo el tema de la ilegalidad o no del cese de actividades solo puede analizarse para determinar si el despido fue injusto ineficaz y/o nulo; sustento de la pretensión que se plantea en este juicio que es el reintegro y pago de las pretensiones derivadas del mismo.

Salta a la vista y se itera lo ha dicho ya la Sala en casos en los que se demanda a esta misma persona jurídica por los mismos hechos; que se trata de definir dos aspectos jurídicos, esto es **la existencia de un conflicto colectivo** para invocar la protección de él derivada, (Fuero circunstancial que da lugar al reintegro); y la ilegalidad **de una de las etapas del conflicto, esto es la huelga**; que fue lo que definió la corte. En ese sentido deberá el Juez estudiar el asunto para definir si las dos cosas se involucran, si son lo mismo si generan la misma consecuencia; **asunto que sin duda constituye el fondo del asunto; por lo que fácilmente se colige no es una excepción previa y no puede prosperar como tal. (Ver proceso Rad 12-2021-002-01 LUIS EDUARDO PRADA ALDANA VS AVIANCA providencia de fecha 30 de noviembre de 2022 de esta Sala de decisión).**

Ahora bien, no sobra agregar e insistir en que nada se ha resuelto, como equivocadamente sostiene la apoderada, pues cualquier pronunciamiento al respecto del tema al que nos hemos referido; deberá como señaló el Juez hacerse en la audiencia de juzgamiento, lo que se impone en este caso, se repite pues al atacar la excepción, el derecho, deberá resolverse en ese momento procesal; razones que llevan a la Sala a **CONFIRMAR** el auto apelado, sin más consideraciones por innecesarias.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

.

SEGUNDO: COSTAS. A cargo del recurrente.

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL C P DEL T DE LA S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANGELA BIBIANA MARIÑO ACEVEDO VS
PROCINAL RAD N° 17-2020-336-01**

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La señora **ANGELA BIBIANA MARIÑO ACEVEDO**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra de **PROCINAL BOGOTÁ LTDA**, para que previos los tramites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se le condene a pagar aportes a seguridad social desde 2015, al pago de cesantías, sanción por no consignación de cesantías, al pago de subsidios, costas y agencias en derecho. (Expediente Digital)

Como fundamento de sus pretensiones relata en síntesis que existió contrato entre las partes desde el 3 de julio de 2009, para desempeñar el cargo en atención al cliente, que la demandada descontaba del salario los pagos de seguridad social pero no los hacía, que tampoco pagaba caja de compensación familiar, que tampoco consignó cesantías desde 2017, que la jornada laboral era de 10 am hasta las 7 pm de domingo a domingo, quedado el incumplimiento en el pago la demandante ha tenido dificultades en sus obligaciones siendo mujer cabeza de familia. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada a través de apoderado quien se opuso a las pretensiones dada su carencia absoluta de fundamentos facticos. En cuanto a los hechos aceptó el 1, 3,4 5,6,7,9 parcialmente el 2 y13 del 8 y 12 dijo deben probarse, negó el 14. Propuso las excepciones de buena fe de la demandada, inexistencia de causa para demandar y falta de afectación de los derechos reclamados por el acto, incumplimiento del contrato por la actora, falta de causa para demandar o trámite inadecuado de la demanda, genérica, fuerza mayor o caso fortuito. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá profirió

sentencia, calendada nueve (9) de marzo de 2022, por medio de la cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de buena fe, inexistencia de causa para demandar, y falta de afectación de los derechos reclamados por el actor, incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la actora, que fueron propuestas por la demandada, lo anterior según las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la Sra. ÁNGELA BIBIANA MARIÑO ACEVEDO identificada con la C.C. 52.741.234, como trabajadora y la sociedad PROCINAL BOGOTÁ LTDA. EN REORGAIZACIÓN como empleadora, existe una relación labora regida por un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de julio de 2009.

*TERCERO: CONDENAR a la demandada PROCINAL BOGOTÁ LTDA. EN REORGANIZACIÓN a pagar a la demandante, señora MARIÑO ACEVEDO los siguientes valores y por los conceptos que a continuación se indican: a) \$3'450.000 M/Cte., por auxilio de cesantía adeudado; b) \$36'800.000, por sanción por no consignación del auxilio de cesantía a un fondo; c) **por los aportes al sistema de seguridad social en pensión causados desde agosto de 2016 a octubre de 2020,** teniendo en cuenta el ingreso base de cotización de cada uno de los años objeto de la deuda de aportes, y los cuales deberán ser cancelados con destino a la entidad de seguridad social en pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, junto con los intereses de mora y a plena satisfacción de la entidad destinataria del pago.*

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada en proporción del 80%.”

Para llegar a esa conclusión señaló el Juez lo siguiente: “ ... Planteadas así las posiciones, el problema jurídico a que se contrae la presente controversia, consiste en determinar, en primer lugar si con ocasión de la vigencia y ejecución del contrato de trabajo que une a las partes a la demandante se le adeudan las acreencias sociales pretendidas, entre otros, el auxilio de cesantía y el pago de los aportes a la Seguridad Social integral y la procedencia de imponer las condenas, así como las indemnizaciones que se reclaman por mora y falta de pago de aportes a Seguridad Social y de consignación del auxilio de cesantía. Así, entonces, y en aras de avanzar en la respuesta al problema jurídico propuesto, es importante desde ya dejar asentado los fundamentos de hecho que no generan controversia, estos son los atinentes a la existencia de la relación laboral que une a las partes la modalidad del contrato; contrato a término indefinido el extremo inicial 3 de julio de 2009 y que, por lo menos para el 14 de octubre de 2020, fecha de presentación de la demanda según acta de reparto de folio 2 del contrato se mantenía vigente. También podemos dejar sentado el cargo y las funciones desempeñadas por la demandante, sin embargo, se presenta controversia en relación a los montos de salario, pues la demandante afirma que devengó unos valores para los años 2016, 2017, 2018 y 2019 y, a su vez, aportó como prueba documental una certificación que aparece agregada folio 10 del expediente expedida por la división de Recursos Humanos de la demandada el 2 de septiembre de 2020, en la cual se informa que el salario promedio mensual devengado por la demandante asciende a \$1.150.000, por lo que en este aspecto debe advertirse desde ya que no habrá una prueba que dé respaldo a los valores indicados en la demanda y al acudir a la contestación de la demanda, se observa que, si bien el vocero judicial de la demandada aceptó la mayoría de los hechos en su pronunciamiento, respecto al salario, no fue concreto, pues finalmente nada se logró

extraer de la contestación en este aspecto. Luego entonces, ante falta de una prueba diferente, el despacho tendrá que atenerse a la certificación referida aportada por la demandante y que informa, como promedio salarial devengado, la suma de \$1.150.000, valor que se tendrá en cuenta como ingreso base de liquidación y de cotización para las distintas acreencias que se cuantificarán. Sentadas estas premisas, entonces se procede al estudio de las súplicas de la demanda: **auxilio de cesantía**, reclama la demandante el pago del auxilio de cesantía causados entre los años **2017 a 2020** norma o prestación social, que está consagrada en efecto, en el artículo 249 del CST, que se cuantifica a razón de un mes de salario por cada año de servicio y en forma proporcional por fracción de año en el numeral 8 de sus hechos, señala la demandante, que la demanda no ha consignado lo correspondiente al auxilio de cesantía de los periodos referidos y remitiéndonos a la información brindada en la contestación de la demanda y a lo aceptado por el apoderado general de la demandada, Doctor José Libardo Quiroga Espitia en el interrogatorio absuelto en nombre de su representada en diligencia del pasado 29 de noviembre de 2021, confesó tal omisión, tal y como se establece al remitirnos a la diligencia que se puede escuchar entre los minutos 15.19. a 21.01 de la audiencia de esa fecha; así entonces, ateniéndonos a que se encuentra plenamente establecido, la omisión por parte de la empleadora en la consignación o pago del auxilio de cesantía procede entonces ordenar la respectiva consignación en caso de que el contrato aún tenga vida jurídica de los siguientes valores: **para el año 2017, \$1.150.000, para el año 2018 \$1.150.000, para el año 2019 \$1.150.000. Lo que nos arroja un valor liquidado hasta el 31 de diciembre de 2019 de \$3.450.000 por concepto de auxilio de cesantía, insoluto.** Para el año 2020 no se condenará como quiera que a la fecha de presentación de la demanda aún no se había causado el derecho al pago o consignación del auxilio de cesantía y en este punto debo precisar que esta prestación social, según lo consagrado por el legislador, solo se causa y debe ser recibida por el trabajador al momento de la terminación del contrato, mientras el nexo laboral tenga vida jurídica y se mantenga la obligación del empleador es consignar el importe de cesantía a órdenes del fondo administrador que el trabajador elija para efectos de ser depositario de estos valores, por esa razón, entonces la obligación que se impone a la demandada es la consignación del auxilio de cesantía a un fondo, los valores podrán ser retirados por la demandante cuando reúna las condiciones y los requisitos que la ley exige para retiro de Cesantías. **Sanción por no consignación del auxilio de cesantía al fondo administrador:** reclama la demandante que se imponga condena a la sanción prevista en el artículo 99, numeral 3 de la ley 50 de 1990 por la empleadora omitió su obligación legal de consignar la cesantía a orden de un fondo administrador. Así, entonces al remitirnos a la norma se constata que efectivamente establece que el valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el elija, el empleador que incumpla el plazo señalado, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, es un hecho establecido en el presente proceso que la demandante no consignó el valor del auxilio de cesantía a favor de la demandante o por lo menos esas consignaciones no aparecen demostradas en el expediente. Por lo anterior, procede imponer la sanción que se reclama, la cual se cuantifica entonces a razón de un día de salario por cada día de mora. Efectuada entonces, las operaciones aritméticas de rigor, se establece entonces que, a favor de la demandante, la demandada deberá pagar a título de sanción moratoria la suma de \$36.800.000, teniendo en cuenta la tardanza en el pago del auxilio de cesantías, causada entre el 15 de febrero de 2018 y el 14 de febrero de 2020, teniendo en cuenta, vuelva a reiterar que, para el 14 de octubre de 2020, fecha en que se presentó la demanda, aún no se había causado el derecho a consignar el auxilio de cesantía del año 2020, por lo cual, en todo caso la demanda deberá cumplir con esa obligación en los términos legales.

La sanción moratoria entonces por falta de pago de auxilio de cesantía por falta de consignación asciende a la suma de 36'800.000 pesos moneda corriente. Aportes a Seguridad Social en pensión Solicita la demandante que se condene al pago de aportes a la Seguridad Social, entre otros subsistemas, en el de pensión de los ciclos causados entre el 1 de enero de 2015 al 31 de octubre de 2020. No obstante, al remitirnos a la historia laboral que obra a folio 17 a 22 aportada por la demandante,

se constata que la empleadora consignó a órdenes de Porvenir S.A. los aportes correspondientes a pensión hasta julio de 2016, tal y como a su vez, también lo acepta la demandante al hacer alusión en el numeral sexto de los hechos a los periodos que se le adeudan de pagos de pensión y en este punto y para sustentar la condena que se impondrá, resulta pertinente recordar que el artículo 53 de la Constitución Política de nuestro país establece como garantía fundamental en materia laboral el principio de renunciabilidad a los beneficios sociales establecidos en la norma laborales, el cual refleja el sentido de reivindicatorio y proteccionista que para todo trabajador tiene el Derecho laboral, de tal forma que las garantías establecidas en su favor no pueden ni voluntaria, ni forzosamente por mandato legal ser objeto de renuncia. Lo anterior explica el carácter de orden público que revisten las normas que regulan el trabajo humano y el hecho de que los derechos de prerrogativas en ellos reconocidos se sustraigan a los postulados de la autonomía de la voluntad privada, así lo preceptúa el artículo 14 del CST al señalar que las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y por consiguiente los derechos y prerrogativas que ellas conceden, son irrenunciables. Lo anterior se trae a colación para reiterar que en materia de derechos a la Seguridad Social y de manera concreta en lo referente al pago de aportes pensionales, ello constituye un patrimonio inalienable e irrenunciable del trabajador, el cual hace parte de las condiciones de Dignidad y Justicia que deben orientar toda relación laboral. También conviene recordar que la Ley 100 de 1993 entronizó en nuestro Derecho positivo el sistema de Seguridad Social integral, cuya estructura se extiende entre regímenes así, el régimen de pensiones, el régimen de salud y el que riesgos laborales con estos subsistemas se pretende lograr el amparo global de las contingencias que la vida presente y busca proveer a todo individuo a las familias y al colectivo en general de condiciones mínimas o necesarias para resguardar de riesgos o contingencias que puedan impactar su estabilidad económica y deteriorar sus condiciones de vida, pudiendo incluso llegar a afectar su propia subsistencia y la de su grupo familiar desde este punto de vista, el objeto de la Seguridad Social integral es garantizar los derechos irrenunciables del individuo para que permitirle tener una calidad de vida digna mediante la protección de las contingencias que lo afecten, artículo primero de la Ley 100 de 1993 esos componentes como ya se indicó, son pensiones, salud y riesgos laborales y constituyen para los efectos que nos interesan, un conjunto de instituciones que preservan en un todo en bienestar de los trabajadores. Para los efectos que nos interesan y para los efectos de las condenas que se impondrá, conviene recordar que en materia de pensiones el subsistema fue pensado por el legislador para que, con los aportes conjunto del trabajador y del empleador y durante el tiempo legalmente determinado, pueda el trabajador acceder al derecho a una prestación económica pensionada, ya sea en razón de cumplimiento de la edad o cuando circunstancias desafortunadas de la vida de origen común le traigan como consecuencia una pérdida de su capacidad laboral y en el caso de su fallecimiento, la posibilidad de que ese derecho pensional pueda transmitirse a sus beneficiarios y que por parte de la administradora de fondo de pensiones, surja la obligación legal de responderle al afiliado cuando las exigencias legales de causación del derecho se reúna. Por lo anterior es que la omisión en el pago de aportes de ley se traduce en una vulneración del derecho fundamental a la Seguridad Social que ampara a los trabajadores y que pone en riesgo incluso la expectativa de acceder a un derecho pensional, que es precisamente lo que se aduce en la demanda y que sirve de fundamento para la condena que se impondrá. Desde este punto de vista ya advertida, ante tal omisión, lo procedente es ordenar el pago de los aportes al sistema de pensiones por aquellos periodos durante los cuales se estableció la omisión por parte del empleador, para finalizar entonces el sustento normativo de la condena que se impondrá, nos remitimos al artículo 22 de la Ley 100 de 1993, que establece que el empleador será responsable del pago de soporte y del aporte de los trabajadores a su servicio para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado el momento de su pago el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, esta norma la resalto como sustento normativo de la condena que se impondrá. Finalmente, la disposición impone al empleador la carga de responder por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiese efectuado el descuento al trabajador,

remitiéndose entonces a la demanda, encontramos que la trabajadora narra que fueron efectuados los descuentos de ley pero que sin embargo la empleadora no cumplió con la obligación de pagar los aportes correspondientes, luego entonces, teniendo en cuenta que tal afirmación encuentra soporte probatorio en el expediente, se dispondrá el pago de los aportes a la Seguridad Social en pensión, **pero no como se reclama en la demanda desde año 2015, sino desde agosto de 2016 a octubre de 2020 para el efecto se ordenará entonces tener en cuenta el ingreso base de cotización devengado para cada uno de los años anteriores, valores que deberán ser puestos a disposición del fondo administrador de fondos de pensiones, junto con los intereses moratorios que consagra la ley de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, valores que deberán ser consignados a órdenes de la entidad de Seguridad Social en pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, junto con los intereses de mora a plena satisfacción de la entidad destinataria. Recordemos que aquí se trata de un caso de omisión en el pago de unos ciclos, no de falta de afiliación, por lo cual entonces lo que procede es ordenar que, de acuerdo con lo que indique la entidad destinataria deberá efectuarse el pago de los aportes con todos los componentes para efectuar en debida forma ese pago, incluyendo los intereses de mora. También reclama la demandante el pago de aportes a salud, riesgos profesionales y subsidio familiar, teniendo en cuenta entonces que el contrato de trabajo todavía se mantiene de acuerdo con lo que se ha revisado en el expediente, por lo menos para la fecha de presentación de la demanda, resultaría improcedente entonces ordenar el pago de aportes a salud o riesgos profesionales dado que esa obligación debe ser cumplida por el empleador mientras el contrato esté vigente, es decir, para los períodos de durante los cuales el contrato se mantenga y en este punto resulta necesario recordar que la Sala de casación laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia ha orientado que, como regla general, la consecuencia de no pagar los aportes a salud y riesgos laborales, la consecuencia no es ordenar el pago de esos conceptos al trabajador o a las entidades del sistema, pues lo que procede es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido como consecuencia de esa omisión del empleador o el reintegro de gastos que se vio obligado a asumir por no haber tenido la atención oportuna y el cubrimiento oportuno de tales riesgos, posición que ha sido fijada por la Sala de casación laboral, entre otras en sentencia SL 3009 del 2017 magistrado ponente, el doctor Gerardo Botero Zuluaga, sin que en todo caso esas hayan sido las pretensiones formuladas por la demandante, en síntesis, entonces, no se impondrá condena por pago de aportes a salud y riesgos laborales y en el mismo sentido, se absolverá del pago de subsidio familiar, pues no se acreditó que la demandante hubiese informado al empleador sobre la existencia de sus hijos o dependientes beneficiarios del subsidio como para tener derecho al pago de estos conceptos, en consecuencia se absolverá de esta pretensión. **Precisado lo anterior entonces, a continuación, me remito al estudio y análisis de las excepciones propuestas, encontrando que fue alegada la de buena fe, sin embargo, resulta cierto que la demandada finalmente no cumplió con una obligación que está consagrada en la ley como era la consignación oportuna de la cesantía a órdenes de un fondo, no cumplió con esa obligación, tampoco se encuentran acreditado en los supuestos de inexistencia de causa para demandar y falta de afectación de derechos reclamados por la demandante, excepciones que no pueden ser acogidas pues finalmente de la misma narración de hechos que hace la demandante claramente se establece que esa falta de pago y esas omisiones en las cotizaciones a salud y a riesgos profesionales, le impidieron en un momento determinado, poder acceder al servicio médico, perjuicio que también sin duda se extendería a sus familiares, por lo que resulta claro que, en efecto, el incumplimiento de la demandada sí generó una lesión de los derechos de la demandante y tampoco se encontró establecido los supuestos de incumplimiento del contrato por parte de la actora, como fue aducido por la demanda de su defensa, luego entonces se declarará no probadas estas excepciones.....”****

Inconforme con esta decisión la demandada, interpone recurso manifestando:

*“...teniendo en cuenta para el efecto y como sustento de esta impugnación, que la sentencia no hizo ninguna alusión a la excepción de caso fortuito y fuerza mayor que, como se dijo en las alegaciones de conclusión, que no por ser tan sintéticas, dejan de tener vigor. **Se trata de un hecho notorio de público conocimiento la situación de crisis financiera a nivel mundial y particularmente para la industria del entretenimiento, o, en el caso de Procinal, que fue de las más golpeadas por las medidas gubernamentales y de las autoridades de salud en el manejo y la pandemia de COVID-19; de tal manera que reservándome la facultad de ampliar los puntos materia de mi impugnación ante el superior dejó formulada y sustentada el recurso de apelación....”***

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del CST la Sala resolverá los puntos de apelación, advirtiendo desde ya que en esta instancia no es posible ampliar los puntos de impugnación, pues el recurso sólo puede ser sustentado en la audiencia de juzgamiento; siendo únicamente posible ante este Tribunal presentar alegaciones de instancia, las cuales solo dan apoyo a los argumentos del recurso.

En ese orden el asunto a resolver es si la emergencia generada por el COVID 19, que generó crisis financiera mundial siendo la industria del entretenimiento la más golpeada; exonera de las condenas impuestas, expresando el recurrente como parte de su recurso que el Juez no se pronunció sobre la excepción de fuerza mayor y caso fortuito; lo que al ser parte de la impugnación faculta a esta Tribunal para pronunciarse al respecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 287 del C G P, norma que en su inciso segundo consagra: *“ El Juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado....”*

Efectivamente la parte demandada propuso la excepción de fuerza mayor o caso fortuito apoyándola desde que la propuso en el COVID-19, tema en el que insiste en el recurso.

La Sala se permite precisar que de vieja data la Corte suprema de Justicia ha señalado para exonerar al empleador de condenas cuando incumple con sus obligaciones; que la crisis financiera- la que el recurrente invoca como resultado de la emergencia sanitaria- no exonera al empleador incumplido. Se ha dicho entonces:

“(..)

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

propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393)

Claro resulta entonces que además de afirmar que está en crisis, **la demandada debía probar que esa iliquidez era resultado de fuerza mayor o caso fortuito, imposible de prever de otra manera, y lo que dice la Corte es que el fracaso es un riesgo de toda empresa que no debe asumir el trabajador**, y que frecuentemente se debe a conductas inadecuadas de la misma; lo que en este caso aplica perfectamente, pues a pesar de ser ocasionado por un tema sanitario, estas y otras circunstancias, deben contemplarse para poder darles solución, en todas las industrias incluidas las del entretenimiento, que no fue la única afectada por el COVID-19. Por el contrario, reitera la Corte, **se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para, solucionarlas**, excepto en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden hechos estos que debe probar el empleador; lo que en este caso no sucedió tampoco.

Toda empresa o negocio genera riesgos, incluidos los causados, como en este caso por la emergencia sanitaria pero de manera alguna ello puede admitirse como argumento o justificación de no pago, porque sabido es que el trabajador de acuerdo con lo establecido en el art 28 del CST, puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas**.

No sobra agregar lo dicho por la CSJ en sentencia SL3238-2020 Rad 38639 de agosto 26 de 2020 MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, en cuanto a lo que debe entenderse por fuerza mayor o caso fortuito:

“(…)

Y sobre el tema relativo a la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, se ha pronunciado esta

Corporación en reiteradas oportunidades, verbigracia, en la sentencia CSJ, SL 29 may. 2002, rad. 17570, donde asentó:

Dado que la demanda se presentó en términos idénticos e igual argumentación a la que fuera estudiada recientemente en sentencia del 28 de noviembre de 2001, radicación No. 16595, en proceso contra la misma demandada, se remite la Sala a lo que sobre el entendimiento del concepto en cuestión expresó en esa oportunidad, en los siguientes términos:

“En primer término importa aclarar que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º, así:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

“Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. (ver Sentencia de nov 20 de 1989 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2435 Pág. 83).

“Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor. (ver Sentencia de noviembre 13 de 1962 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2261, 2262, 2263 y 2264 Págs. 163 y ss.).

Y es que, aunque nadie podría desconocer lo que mundialmente causó la emergencia generada con el COVID-19, tampoco es cierto que no existiesen mecanismos para resistir a tales efectos, no solo se itera se afectó el entretenimiento, pero muchas fueron las soluciones que permitieron resistir a sus efectos; sin que ello implique el desconocimiento de derechos del trabajador; **máxime cuando los derechos fueron omitidos como en este caso desde 2015 inclusive, generando condenas desde 2016, ante el reclamo específico desde esa fecha, como se dijo en la sentencia, esto es, varios años antes a la emergencia del COVID-19, declarada en 2020, luego de manera alguna, se itera en este caso puede tenerse este argumento para declarar una fuerza mayor o caso fortuito inexistente.**

En ese orden se adicionará el numeral primero de la sentencia recurrida declarando no probada de igual forma la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, y en consecuencia confirmando la sentencia en todo lo demás.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia apelada el cual quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de buena fe, inexistencia de causa para demandar, y falta de afectación de los derechos reclamados por el actor, incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la actora y fuerza mayor o caso fortuito propuestas por la demandada, por las razones expuestas en la providencia.”

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en su totalidad.

Sin COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 21 2021 131 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ENRIQUETA MARTÁN ESTRADA

DEMANDADO: COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE**

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

En Bogotá a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 1 de abril de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ENRIQUETA MARTÁN ESTRADA, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin se DECLARE que

tiene derecho a que la demandada reconozca y pague indemnización sustitutiva por haber cumplido los requisitos para el efecto consagrados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de tal declaración peticiona se condene a la demandada a efectuar el pago de la indemnización en cita, junto con indexación e intereses.

Fundamentó sus pedimentos señalando que nació el 28 de abril de 1959 y cuenta con más de 61 años de edad, que se afilió al ISS en 1987 y el 27 de mayo de 2019, solicitó reconocimiento y pago de indemnización sustitutiva ante la demandada, la que le fue negada en resolución SUB 183660, negativa que fuera confirmada luego de interponer los recursos de Ley, que goza de pensión de jubilación concedida por el Fomag, reconocimiento para el cual, no se tuvo en cuenta ninguna de las semanas por ella cotizadas a CColpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 3 a 9 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que inexistencia del derecho reclamado y ausencia de causa para pedir, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago de IPC, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora ENRIQUETA MARTÁN ESTRADA indemnización sustitutiva de pensión de vejez, en cuantía de \$9.752.950 debidamente indexada a la fecha de pago.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de demanda. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no había ofrecido reproche que la demandante nació el 28 de marzo de 1959, como

lo señalaba la copia de su documento de identificación, igualmente la demandada aceptó la afiliación de la actora al ISS, la solicitud de reconocimiento de indemnización sustitutiva y la negativa de esta, encontrándose también acredita que a través de resolución 1245 de 2015 el Fomag reconoce a la demandante pensión de jubilación; que Colpensiones sustenta su negativa en acceder a la pretensión de la actora en la incompatibilidad de la indemnización y la prestación de jubilación de que goza la actora.

Que dicha indemnización estaba prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, reglamentada por virtud del Decreto 1730 de 2001 que consagra los requisitos para acceder a ella, que en cuanto a la incompatibilidad alegada, distintos pronunciamientos de la CSJ, se habían referido a la compatibilidad de la pensión de jubilación del magisterio y la pensión prevista en el sistema general de pensiones, entre otras en sentencia SL2649 de 2020, en la cual reiteró que en virtud del artículo 179 de la Ley 100 de 1993, al ser los docentes del magisterio excluidos del régimen general de pensiones, les era posible también cotizar de manera simultánea al sector privado y obtener una de sus prestaciones, al cumplimiento de los requisitos para el efecto, por ello bastaba con remitirse a la norma en cita, que consagraba que las normas del sistema general de pensiones no se aplicaban a los docentes del Magisterio, lo que les permitía cotizar de manera simultánea en este, por lo que las prestaciones a cargo del Magisterio, eran compatibles con las del régimen general, siempre y cuando no se transgreda la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política.

Que frente a dicha prohibición de no recibir dos asignaciones del tesoro público, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2015, señaló la viabilidad de percibir una pensión de jubilación del sector público y una del ISS, siempre y cuando esta última se reconociera por servicios prestados a particulares, ya que era prestaciones de origen distinto y por ende, compatibles, igualmente, la CSJ, había reiterado que los dineros del ISS, no eran provenientes del tesoro público, pues eran las cotizaciones efectuadas por los trabajadores.

Resultando evidente que las pensiones de jubilación y vejez eran compatibles siempre y cuando la naturaleza de su financiación fuera distinta y como quiera que Colpensiones fundaba su negativa de reconocer indemnización bajo estudio en la incompatibilidad de esta y la pensión de que disfrutaba la demandante concedida por el Fomag, se evidenciaba que había cotizado a Colpensiones 349 semanas cotizadas, arribó a los 57 años de edad en el 2016 y manifestó la imposibilidad de seguir cotizando al RPM en 2019, era claro que se configuraban los requisitos para concederle indemnización sustitutiva peticionada, atendiendo a que dicha densidad de semanas no habían sido tenidos en cuenta para reconocerle la pensión de jubilación y así se deducía del acto administrativo que concedió la misma, que únicamente aludía a tiempos de servicio prestados al Magisterio, indemnización que ascendía a la suma actual de \$9.752.950, la que debía pagarse por la demandada de manera indexada, sin que hubiera lugar a reconocer intereses peticionados que eran procedentes únicamente frente a la mora en el pago de mesadas pensionales.

Frente a la excepción de prescripción indicó que la CSJ había señalado que la indemnización al ser un derecho de naturaleza pensional, no se había visto afectada por dicho fenómeno.

RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada señaló en su recurso que la indemnización se encontraba inmersa en incompatibilidad legal con la pensión de jubilación de que gozaba la demandante, ya que la Corte Constitucional en sentencia 674 de 2011, había indicado que no era dable que una misma persona gozara de dos prestaciones que cumplieran idéntica función, lo que era inequitativo y revelaba una gestión ineficiente de recursos que eran limitados, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consagraba que ningún afiliado podía recibir dos pensiones y no era dable recibir doble asignación del tesoro público y por ello Colpensiones había negado el reconocimiento de dicha indemnización.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación, se tiene que no fue objeto de reparo que la demandante goza de pensión de jubilación que le fuera concedida por la Secretaría de Educación de Bogotá mediante resolución 1245 de 2015, por haber prestado sus servicios como docente nacionalizado por espacio de 20 años.

En punto a la compatibilidad de la indemnización reclamada en esta oportunidad por las cotizaciones realizadas al RPM a través de Colpensiones, que dicho sea de paso, tampoco fue objeto de discusión que ascienden a 349.86 semanas cotizadas conforme documental contentiva de historia laboral expedida por esta última allegada al plenario digital; se tiene que como bien lo adujo el juzgador de instancia, la prestación reclamada no resulta incompatible con la prestación de jubilación de que disfruta la demandante como recientemente lo reiteró la Sala Laboral del CSJ en sentencia SL 1127 del 9 de marzo de 2022, oportunidad en que señaló:

Pues bien, en relación con el primer interrogante, de entrada debe destacarse que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial–, pues quienes se vincularan a partir de ahí se regirían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio normativo, previsión que a su vez conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.

De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial (CSJ SL2649-2020 y CSJ SL3775-2021). Sobre el particular, en esta última sentencia la Sala indicó:

El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.

De modo que es perfectamente válido que una persona preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional y sin que por ello se genere alguna incompatibilidad entre las prestaciones económicas que cada régimen

**Proceso Ordinario Laboral No. 1100131021 2021 0131 01 Dte: Enriqueta Martán
Estrada Ddo.: Colpensiones**

reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013), como sucede en el caso.

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se tiene que en nada es incompatible la pensión de jubilación de que disfruta la demandante con la indemnización sustitutiva que reclama por los aportes que realizó ante el entonces ISS hoy Colpensiones, pues dicha compatibilidad encuentra justificación en la misma normatividad legal y así lo indica el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al señalar que las prestaciones del Magisterio, son **compatibles** con las pensiones del sistema general, a su vez, dichas cotizaciones efectuadas al ISS, como bien lo adujo la juzgadora de primer grado, no se tuvieron en cuenta a efectos de reconocer ninguna de las prestaciones ya reconocidas a la demandante.

En virtud de lo anterior, y al no configurarse incompatibilidad alguna en cuanto al reconocimiento de la indemnización peticionada contrario a lo señalado por la demandada en recurso y alegaciones, resulta procedente el reconocimiento y pago de la misma a su favor.

Ahora en cuanto a la cuantía de dicha indemnización, aspecto que se estudia en **grado de consulta**, se tiene que conforme liquidación elaborada por el grupo liquidador de esta Corporación, el valor a que asciende tal indemnización indexada al año 2022, como lo indicara la decisión de primer grado, es de **\$9.389.295**, ya que al IBC hallado, se le aplicó un porcentaje de \$6.83% como resultado del promedio ponderado de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993; por lo anterior, habrá de **MODIFICARSE** en grado de consulta a favor de la demandada el numeral PRIMERO de sentencia de primer grado, en el sentido de señalar que la indemnización objeto de condena, asciende a \$9.389.295.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar como primera mesada pensional la suma de \$9.389.295, conforme lo indicado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia.

TERCERO: Sin costas en la instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23-2021-177-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: NUVIA ESPERANZA CORTÉS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 6 de abril de 2022 por el Juzgado veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora NUVIA CORTÉS ACOSTA, por intermedio de apoderado judicial, solicita que se ORDENE a la demandada a corregir su historia laboral respecto de los tiempos no registrados en esta y cotizados con el empleador

Seguridad Mercurio LTDA., que se encontraban acreditados y registrados por Protección S.A.

Como soporte de sus pretensiones indicó que laboró para la sociedad Seguridad Mercurio Ltda., entre agosto de 1996 a junio del 2000, que dicha sociedad para este interregno temporal, realizó los aportes pensionales a Protección S.A., por cuanto se encontraba afiliada a este, que para 2010, se afilió a Colpensiones y para 2019, evidenció que en su historia laboral no se encontraban acreditados los aportes cotizados por el empleador en mención, por lo que se acercó a Colpensiones donde le informaron que Protección S.A., no había realizado el traslado de la totalidad de aportes, razón por la cual presentó ante Protección petición y esta le indicó que el 24 de febrero de 2020, había realizado el traslado de la totalidad de los aportes con destino a Colpensiones.

Refiere por último que solicitó la corrección de su historia laboral ante Colpensiones, entidad que reiteró que los aportes no fueron trasladados, que Seguridad Mercurio Ltda., se encuentra en trámite de liquidación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada Colpensiones, oponiéndose a las pretensiones y aceptando el hecho contenido en numeral 3 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó carencia de causa para demandar, buena fe, prescripción y compensación.

PROTECCIÓN S.A., no se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 a 3, y 6 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, hecho exclusivo de un tercero, prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, traslado de la totalidad de aportes a Colpensiones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a Colpensiones a corregir la historia laboral de Nuvia Esperanza Cortés e incluir los periodos comprendidos entre el 1 de marzo de 1999 y el 31 de enero

del 2000, teniendo en cuenta los salarios expuestos en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de Protección S.A. y no probadas las demás

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de Colpensiones

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez de primer grado:

“Los aportes a la Seguridad Social en pensiones es una obligación que se encuentra contenida en los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, en los que se establece que serían afiliados al sistema general de pensiones de forma obligatoria todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo y que el empleador será responsable del pago de los aportes. A su turno, el artículo 24 de la citada norma establece que corresponde a las administradoras acciones de cobro por motivo de incumplimiento de obligaciones del empleador.

Respecto de las pruebas obrantes en el expediente se verifica en la contestación aportada por protección la constancia del traslado de aportes, en la misma se observa que hay traslado de aportes en el 10/06/2021, en cuantía de \$9,554,009 a Fonprecon y el 19 de julio de 2010 \$ 37,647 a Colpensiones. También aparece otro documento donde establece reporte de Estado de cuenta, fondo de pensiones obligatorias, en ella se verifica de acuerdo a lo certificado por Protección todos y cada uno de los aportes efectuados a favor de la señora demandante, los cuales, según manifestación de Protección, fueron trasladados en su totalidad a Colpensiones con ocasión a la solicitud de traslado realizada por la demandante, dentro de este documento, lo primero que establece el despacho es que efectivamente existieron aportes por parte de Seguridad Mercurio por el período echado de menos por la parte demandante que corresponde a 01/03/99 al 31 de enero del año 2000, esos aparecen efectuados y recibidos por Protección y en el interrogatorio de parte del representante legal de dicha AFP, certifica dicha situación, que fueron recibidos y se encontraban en poder de Protección, luego no existe, no estamos hablando aquí de una mora, en el pago de aportes pensionales teniendo en cuenta que sí fueron efectuados por Seguridad Mercurio y eso está aprobado dentro del expediente.

En tal sentido, la situación que se presenta es que Colpensiones no valida dentro de sus semanas de cotización dichos periodos de tiempo y bajo estos lineamientos, se observa con la historia laboral actualizada al 12/03/2021, que fue allegada también el expediente que efectivamente, no se acreditan estos periodos 01/03/99 del 31 de enero del año 2000 cotizados por Seguridad Mercurio; sin embargo, si hay afiliación y se presenta también cotizaciones anteriores con el mismo empleador y cotizaciones posteriores, cotizaciones anteriores entre el 01/08/96 al 28/02/2000 y posteriormente entre el 1 de febrero del año 2000 al 30 de junio del año 2000, quedando efectivamente el espacio que no comprende el despacho, la razón por la cual, obviamente no aparecen esos aportes, siendo que si se encuentran acreditados y fueron efectuados a favor de la parte demandante.

En ese sentido las administradoras del sistema deben adelantar las acciones administrativas propias con el fin de verificar dicha situación, si bien es cierto los aportes en el periodo reclamado por la demandante se causaron en vigencia de la afiliación a la Protección, la afiliación es una sola y con el traslado efectuado a Colpensiones, la obligación de velar por la integridad de los aportes que se trasladaron a esa administradora, debiendo adelantar las acciones pertinentes para obtener la integralidad y consolidación de la historia laboral, que es la pretensión que se está discutiendo en la presente demanda; por ello, independientemente del trámite que deba administrativo o de cobro que deba efectuar Colpensiones a Protección, ese trámite administrativo no puede ser oponible a la señora demandante y no debe asumir las consecuencias negativas de la omisión de la administración al sistema haciendo un deber legal si ésta está demostrado que efectivamente se dieron esos aportes y fueron efectuados a Protección con el tema del traslado, Colpensiones debía validarlos y debía hacer todos los trámites pertinentes para efectos de que figuren en la historia laboral ante Protección.

En tal sentido vamos a condenar a Colpensiones, a corregir la historia laboral de la señora Nuvia Esperanza Cortés, incluyendo los aportes correspondientes, 01/03/99 al 31 de enero del año 2000, y para efectos deberá tener en cuenta los siguientes salarios reportados por Colpensiones: para marzo del 99 \$350,000, abril del 99 \$338,333, mayo del 99 \$338,333, junio del 99 \$350,000, julio del 99 \$338.333, agosto del 99 \$350,000, septiembre del 99 \$350,000, octubre del 99 \$350,000, noviembre del 99 \$350,000, diciembre del 99 \$350,000 enero del 2000 \$326.000. En tal sentido, atendiendo a la obligación de preservar la integralidad de la historia laboral, que se encuentra actualmente radicada en cabeza de Colpensiones dado el traslado efectuado a dicho fondo, es más, desde el año 2010 está dicha obligación, siendo la encargada de adelantar los trámites correspondientes para el recaudo.

En ese sentido vamos absolverá a Protección de todas y cada una las pretensiones, pero reiteramos, sin perjuicio de que Colpensiones efectúe todos sus trámites administrativos y pida las correspondientes explicaciones a Protección para que si llegado el caso, existe algún error entre esas administradoras, pues se corrija y Protección tendría la obligación de corregirlo, pero conforme a las pretensiones que estamos estudiando el día de hoy, está en cabeza de Colpensiones la obligación”.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que si bien la demandada Colpensiones, aduce en su contestación que no imputó a la historia laboral de la actora los periodos comprendidos entre el 1 de marzo de 1999 al 31 de enero de 2000, por cuanto Protección S.A., AFP a la que se encontraba afiliada la actora, no realizó el traslado de los mismos; lo cierto es que dicha AFP de igual forma junto con contestación aportó detalle de cuenta de las cotizaciones realizadas por la señora Nuvia, historial que da cuenta que el periodo en comento fue efectivamente cotizado por la sociedad Seguridad Mercurio Ltda., sin que se detalle ninguna clase de mora patronal que impida tener como efectivamente cotizados los periodos bajo estudio.

Aunado a lo anterior en el trámite procesal, la AFP Protección acreditó haber efectuado el traslado de los aportes cotizados por la demandante con esa administradora, traslado que efectuara con destino a Colpensiones el 19 de julio de 2000, quedando suficientemente demostrado que contrario a lo señalado por esta última, el traslado de aportes bajo estudio sí se realizó y misma documental que acredita este, fue aportada por Colpensiones, lo que permite concluir con claridad que dicha entidad sí recibió tales aportes y por ende, le asiste el deber de imputarlos en debida forma a la historia laboral de la demandante, sin que sea de recibo los argumentos esbozados en alegaciones respecto a la responsabilidad del empleador, pues se itera, no se observa ninguna clase de mora en el pago de aportes para el interregno temporal objeto de estudio y el trámite administrativo de traslado de aportes

entre administradoras pensionales, no le competen al empleador y menos puede afectar el derecho pensional del afiliado.

Conforme lo anterior, es claro para esta Sala que no resulta atendible la justificación dada por Colpensiones para no tener en cuenta como efectivamente cotizados los periodos bajo estudio cuando se acreditó su traslado efectivo por parte de Protección S.A., razones suficientes para **confirmar** la sentencia de primer grado en su totalidad.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-514-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ MARINA RIAÑO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Protección y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 9 de febrero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades de seguridad social demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RIAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ANTECEDENTES

La señora LUZ MARINA RIAÑO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizara al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., el 7 de marzo de 1996 así como los posteriores traslados entre administradoras de ese régimen, que puede seleccionar como administrador pensional a Colpensiones, que se ordene a esta aceptar el traslado de aportes depositados en su CAI provenientes del RAIS y los que debe trasladar Colfondos S.A.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis señalando que nació el 13 de noviembre de 1960, que inició a cotizar al ISS en el año 1984, que el 8 de marzo de 1996, suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., para lo cual, no recibió asesoría alguna por parte de esa AFP, no le indicaron las condiciones y requisitos para acceder a reconocimiento pensional en dicho régimen, la forma y edad de redención de su bono pensional, la distribución de su cotización, no se le indicó sobre la inconveniencia de trasladarse a dicho régimen, por lo que tal decisión no estuvo precedida de una comprensión suficiente, que en el año 2000 se trasladó a Protección AFP y en el año 2002 a Colfondos S.A., que ha cotizado al RAIS un total de 1062 semanas y solicitó a Colpensiones aceptar su traslado al RPM, petición que le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 13 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias del traslado, prescripción.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RUAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

COLFONDOS S.A., aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 11 y 12 y manifestó no constarle los demás, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y como excepciones de fondo formuló las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a Colfondos S.A., y prescripción.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el No. 1, negó los No. 3 a 9 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 1 y 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la demandante al RAIS a través Porvenir S.A., el 1 de marzo de 1996.

SEGUNDO: DELCARAR que para todos los efectos legales, la demandante nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, siempre permaneció en el RPM.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que debe trasladar lo que la demandante tenga en su CAI al momento en que se haga efectivo el traslado ordenado, junto con lo que haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante.

CUARTO: ORDENAR a Porvenir S.A. y a Protección S.A., trasladar a Colpensiones lo que hayan deducido de los aportes efectuados por la demandante por concepto de gastos de administración con motivo de su afiliación al RAIS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RUAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

QUINTO: ORDENAR a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar Porvenir, Protección y Colfondos S.A. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que a partir del 1 de abril de 1994 se establecieron 2 regímenes pensionales, el RPM y RAIS, señalando el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que la selección de uno de ellos era libre y voluntaria y una vez efectuada la selección inicial, sólo podrían trasladarse una vez cada 5 años, que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establecía que la selección de un régimen, implicaba la aceptación de sus características y la misma, debía ser libre y voluntaria, el Decreto 66 de 1993, señalaba que las entidades debían actuar con transparencia en sus operaciones, para permitir al afiliado escoger la mejor decisión en el mercado; normatividad respecto de la cual, la CSJ había reiterado que dicha transparencia, hacía referencia a indicarle al afiliado las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implicaba un parangón de las características y condiciones de cada uno de ellos.

Que dicha obligación de información según lo señalado por la jurisprudencia de la CSJ, comprendía todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación, que dicha información debía ser completa y comprensible, con la prudencia de quien tiene el alcance de orientar al potencial afiliado, que el libre albedrío debía estar bajo los parámetros de la libertad informado, señalando las consecuencias favorables y desfavorables de la decisión de traslado, que no se trataba de suscribir un formulario con cláusulas genéricas, que dicho deber había surgido desde la creación de las AFP, y se había transformado con el paso del tiempo, no siendo suficiente el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para concluir la existencia de consentimiento informado, correspondiendo la carga de la prueba de dicho deber de información a la AFP que promovió el traslado.

Indicó que para el caso de la actora, se había vinculado al RAIS el 1 de marzo de 1996 a través de la AFP Porvenir S.A., entidad esta que debía allegar los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RJAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

medios de convicción de la información suministrada a la señora Luz Marina; no obstante ello, no se había acreditado por ningún medio probatorio el cumplimiento de dicho deber, no siendo suficiente al efecto, el formulario de afiliación aportado por esta y suscrito por la demandante, pues el mismo sólo daba cuenta de la voluntad libre de la actora de suscribir la mencionada documental, más no de haber recibido la información en los términos indicados y del interrogatorio de parte suscrito por esta, no se había logrado confesión alguna, ya que indicó haber firmado el formulario frente a su empleador y sin que mediara asesor de la AFP, que los posteriores traslados los había realizado dentro del RAIS por cambio de empleador, más no porque hubiera tenido conocimiento de la información analizada, administradoras que igualmente habían omitido acreditar el cumplimiento del deber de información frente al caso de la demandante, lo que llevaba a concluir la inexistencia de libretar informada, debiéndose declarar ineficaz el traslado de régimen pensional de la misma.

Como consecuencia de lo anterior, Colfondos S.A., debía trasladar a Colpensiones, los aportes depositados en la CAI de la actora, rendimientos y gastos de administración, estos últimos, también debían ser objeto de traslado por parte de Porvenir y Protección S.A., con cargo a sus propias utilidades. En cuanto a la prescripción indicó que conforme lo indicaban el artículo 48 de la CP, el derecho a la seguridad social era de carácter imprescriptible y así lo había reiterado la CSJ.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó en su recurso que la condena por concepto de devolución de gastos de administración era improcedente por cuanto también estaban previstos en el RPM, no formaban parte integrante de la pensión y tal condena configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, que pertenecían al fondo privado como contraprestación a su gestión de administración de los aportes de la demandante a quien se debía ordenar restituir los rendimientos generados conforme lo previsto en el artículo 1747 del CC.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RIAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Protección S.A., de igual manera recurrió la condena de devolución de gastos de administración indicando que estos eran un descuento legal permitido, que facultaba a las AFP a deducir un 3% para cubrir gastos de administración, operaban en ambos regímenes pensionales y se había determinado en el proceso que los aportes de la actora le habían generado rendimientos, los que se habían trasladado a Colfondos, que esta comisión no estaba destinada a financiar la pensión de la demandante por lo que entregarlos a Colpensiones, se tornaría en un enriquecimiento sin causa para dicha entidad, que los fondos de pensiones estaban vigilados por la Superintendencia Financiera, entidad que en sus conceptos había señalado que ante la ineficacia de traslado, sólo procedía la devolución de aportes y rendimientos, que asumirlos con su patrimonio equivaldría a una condena de perjuicios que no fueron discutidos ni menos probada su existencia.

Que dichos gastos, estaban sujetos al término de prescripción por no ser parte de la pensión de los afiliados.

Colpensiones indicó que la demandante se encontraba en imposibilidad de retornar al RPM por disposición legal, que la decisión desconocía la jurisprudencia frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba ya que la CSJ había indicado que debía tomarse las actitudes de los afiliados como un verdadero entendimiento de las características del RAIS, como lo era el caso de los múltiples traslados efectuados dentro de este por la actora, de lo que se concluía que la actora sí conocía las consecuencias de permanecer en el mismo, siendo su afiliación libre y voluntaria.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora LUZ RIAÑO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Horizonte AFP, hoy Porvenir S.A., el 1 de marzo del 1996 como se verifica de copia de dicha documental allegada por la AFP en mención, no habiendo ofrecido reparo el traslado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RUAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

horizontal que la actora efectuara con posterioridad a Protección y Colfondos S.A.

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

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

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones y recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RIAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en sus alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Luz Marina Riaño, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado proveniente del RPM en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que AFP en mención, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable; no pudiéndose por ende considerar su traslado como libre y voluntario cuando no conocía las implicaciones de dicha decisión.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RJAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta, ya que tal documental no da cuenta de haberse



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RUAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Porvenir S.A., en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de las administradoras a las cuales se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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

Por otra parte y en cuanto al argumento de las AFP recurrentes referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara el juzgador de primer grado y **no resultan afectados por el fenómeno prescriptivo** como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RUAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Sobre este tópico, se tiene que los conceptos a que alude la recurrente PROTECCIÓN S.A., emanados por la Superintendencia Financiera, no ostentan el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

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

Respecto a los traslados horizontales a que alude la recurrente Colpensiones, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

Ahora bien, en cuanto a las restituciones que reclama Porvenir S.A., se tiene que para el presente no tiene cabida tal pedimento como quiera que observando la línea jurisprudencial a que se alude, el afiliado quien no recibió toda la información relevante a su traslado, no debe efectuar restitución alguna, no resultando aplicables los preceptos de la normatividad civil a la jurisdicción laboral.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RUAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose confirmar la declaratoria de ineficacia dispuesta en la decisión de primer grado.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24201800514-02 Dte: LUZ MARINA RUAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

M o - 1 1 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 27-2018-458-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: PEDRO ISMAEL MOLINA

DEMANDADO: ECOPETROL S.A. Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y la demandada Empresa Integral de Servicios Técnicos S.A.S., en liquidación, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 8 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este, alegaciones por parte de las llamadas en garantía Seguros Suramericana S.A. y Chubb Seguros S.A.

ANTECEDENTES

El señor PEDRO ISMAEL MOLINA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S. y ECOPETROL S.A., con el fin de que se DECLARE que entre él y la primera sociedad en mención, existió un contrato



laboral a término indefinido de manera ininterrumpida entre el 2 de mayo de 2013 y que finalizó de manera unilateral y sin justa causa el 24 de octubre de 2017, que las demandadas son solidarias en el pago de las obligaciones laborales que no fueron reconocidas a su favor conforme las tablas establecidas para los trabajadores de la industria del petróleo por lo que su empleador debe reliquidar la totalidad de los salarios durante toda la relación laboral ya que no se tuvo en cuenta como factor salarial los valores pagados por concepto de viáticos, comisiones, vales de alimentación y demás beneficios extralegales, debiéndose reliquidar a su favor cesantías, interés a la cesantía, vacaciones, prima de servicios teniendo en cuenta los salarios devengados por los trabajadores del sector petróleo, aunado a ello, peticiona el pago de prima de vacaciones, prima de habitación, prima convencional, de antigüedad, de monte, gastos de viaje; prestaciones estas de orden convencional previstas en la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre Ecopetrol y la Uso.

Peticiona se condene a las demandadas al pago de indemnización por despido sin justa causa, indemnización prevista en el artículo 65 del CST y reliquidación de aportes pensionales.

De manera subsidiaria, de no salir adelante las pretensiones en cuanto a la aplicación de convención colectiva en mención, peticiona se declare la existencia del contrato de trabajo con la demandada Empresa Integral de Servicios Técnicos S.A.S., entre el 2 de mayo de 2013 al 24 de octubre de 2017, la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales respecto de Ecopetrol S.A., que dicho contrato fue terminado sin justa causa, reliquidación salarial de prestaciones sociales teniendo en cuenta como factor salarial viáticos, vales de alimentación y comisión variable; reliquidación de cesantías, interés a la cesantía, vacaciones, prima de servicios, auxilio de transporte, beneficio de alimentación, prima de vacaciones, prima de habitación, convencional, de antigüedad, de monte, gastos de viaje, prestaciones contempladas en la guía de aspectos laborales aplicable a todos los trabajadores contratistas del sector petróleo, indemnización por despido sin justa causa y la prevista en el artículo 65 del CST.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que suscribió con la demandada Integral de Servicios Técnicos S.A.S., un contrato de trabajo a término indefinido el 2 de mayo de 2013, siendo contratado para desempeñar el cargo de operador de carro tanque para el transporte e petróleo al servicio de Ecopetrol S.A., funciones que desarrollaba mediante la expedición de órdenes de Transporte y en vehículos de propiedad de la primera sociedad en mención, que se pactó un salario de \$800.000 y para el 2014 de \$815.520, el que se mantuvo hasta la finalización del contrato, que devengaba adicionalmente una comisión variable por los viajes realizados y viáticos para el cumplimiento de sus labores, que dicha comisión constituía factor salarial y no se le tuvo en cuenta como tal para la liquidación de prestaciones sociales, que las primas de servicios eran liquidadas con bases salariales que no correspondían.

Señala que para el año 2013, en los meses de noviembre y diciembre, devengó un promedio de \$3.220.200, suma que no se tomó como base salarial para la liquidación de prestaciones sociales, lo propio ocurrió para el 2014, anualidad en la que devengó la suma de \$3.148.819, en el 2015 \$2.933.048, en el 2016 \$2.879.950, en el 2017 \$3.091.758, que la demandada Integral de Servicios, suscribió contrato comercial con Ecopetrol S.A., para el transporte de hidrocarburos y dentro del objeto social de la primera, se encuentra la prestación de servicios de transporte de petróleo, que su empleador pagaba de manera habitual sumas por concepto de viáticos y tampoco le fueron tenidos en cuenta para liquidación de prestaciones, adicional a su salario, devengaba de manera habitual y permanente la suma de \$150.000 mensuales.

Refiere que atendiendo a las labores por él ejecutadas, es obligación de la sociedad contratista y beneficiaria de la labor, reconocerle los derechos laborales propios de la planta de personal de Ecopetrol S.A., como lo son prima de vacaciones, de habitación, convencional, de antigüedad, prima de monte, gastos de viaje y demás beneficios previstos para los trabajadores de dicha sociedad y que desarrollan las mismas funciones, que en gracia de discusión y de determinarse que la actividad de la sociedad Integral de Servicios Técnicos S.A.S., no es propia del petróleo, no se aplicaron los beneficios



laborales consagrados en la guía de aspectos laborales para las actividades contratadas por Ecopetrol S.A., que el salario devengado por él, no corresponde al equivalente para los trabajadores que realizan las mismas actividades en Ecopetrol S.A.

Indica, por último, que el contrato suscrito fue terminado de manera unilateral y sin justa causa el 24 de octubre de 2017, sin que se hubiera pagado a su favor la liquidación final de prestaciones sociales, que Ecopetrol S.A., es solidariamente responsable en el pago de las obligaciones peticionadas, por lo que agotó reclamación administrativa ante esta y fue resuelta de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Ecopetrol S.A., contestó la acción judicial, oponiéndose a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 28 y 31, negó los 27, 29 y 30 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad a cargo de Ecopetrol S.A.

INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos No. 1, 2, 6, 15, 17, 21, 24 a 26, manifestó no constarle los NO. 11 a 14 y 28 a 31. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de fundamento de hecho que permita aplicar norma de derecho alguna, inexistencia de derecho protegible, buena fe, pago, compensación y prescripción.

La llamada en garantía SURAMERICANA SEGUROS S.A., manifestó no constarle ninguno de los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó inexistencia de vínculo contractual laboral con Ecopetrol S.A., las actividades para las que Integral de Servicios Técnicos S.A.S., contrató al actor, no corresponden a actividades de la industria petrolera, inexistencia de solidaridad e inexistencia de la obligación a cargo de Ecopetrol S.A.



La llamada en garantía CHUBB SEGUROS S.A., también se opuso a la totalidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle ninguno de ellos, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de relación laboral entre Ecopetrol S.A. y el demandante e inexistencia de solidaridad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **PEDRO ISMAEL MOLINA MORENO y LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS EN LIQUIDACIÓN** existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de mayo de 2013 hasta el 24 de octubre de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS EN LIQUIDACIÓN**, a pagar al señor **PEDRO ISMAEL MOLINA MORENO**, las sumas correspondientes a los siguientes conceptos:

CESANTÍAS	\$14.811.191
INTERESES A LAS CESANTIAS	\$191.380
PRIMA DE SERVICIOS	\$2.812.042
VACACIONES	\$526.499
DESPIDO SIN JUSTA CAUSA	\$ 2.623.251.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS EN LIQUIDACIÓN**, a pagar al señor **PEDRO ISMAEL MOLINA MORENO**, a re liquidar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones efectuados a favor del demandante, a través de la administradora a la que se encuentre actualmente afiliado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Se ordena al demandado **LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS EN LIQUIDACIÓN**, a indexar las condenas impuestas desde el momento en que se causó cada una de las acreencias laborales, con base en el índice de precios al consumidor, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: ABSOLVER a **ECOPETROL S.A. y los Llamado en garantía SEGUROS GENERALES SURAEMRICANA S.A. y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR a la demandada **LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS EN LIQUIDACIÓN**, en la suma de \$1.600.000 como agencias en derecho a favor del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando textualmente:

No existe controversia en torno a los siguientes supuestos fácticos: (i) que entre el señor **PEDRO ISMAEL MOLINA MORENO y LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS** existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de mayo de 2013 hasta el 24 de octubre de 2017, (ii) que la terminación del contrato se realizó de manera unilateral.

El **PRIMER PROBLEMA JURÍDICO** se orienta a determinar cuál fue el salario realmente devengado por el trabajador y si tiene derecho a que la demandada le reliquide el valor



de los salarios para incluir los conceptos establecidos en la convención colectiva de trabajo suscrita entre ECOPETROL y la USO, se verificará asimismo si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en salud y pensiones, para incluir todos los conceptos constitutivos de salario y aquellos establecidos en la convención colectiva antes mencionada.

De la aplicación de la convención colectiva

Sea lo primero indicar por esta juzgadora que para resolver el problema jurídico planteado lo primero que se debe estudiar es a quien se aplica la convención colectiva de trabajo y si por predicarse la solidaridad de la demandada **ECOPETROL**, es está quien debe responder solidariamente por las pretensiones principales que van encaminadas a la reliquidación de las prestaciones conforme los conceptos establecidos en la convención colectiva de trabajo suscrita entre ECOPETROL Y USO, por lo cual debe tenerse en cuenta que la convención colectiva es como un contrato colectivo, firmado entre el empleador y varios trabajadores, que por su puesto aplica a los trabajadores que hacen parte de la convención colectiva de trabajo o en algunos caso a todos los trabajadores de la empresa.

Bajo esas premisas, se tiene que la figura de la solidaridad se encuentra consagrada en el artículo 34 del CST, respecto de los contratistas independientes y el dueño de la obra, por lo que se requiere para que exista esta que la actividad contratada no sea extraña a las labores del contratante, no solo visto desde el nivel de los objetos sociales sino también teniendo en cuenta la labor que se desempeña.

Así mismo para su determinación se puede tener en cuenta la actividad específica desarrollada por el trabajador y no sólo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra. Acerca de este punto, la Sala de Casación Laboral ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, entre ella en la sentencia SL4322 de 2021 que reitera lo indicado en la sentencia SL3718-2020.

Verificados los elementos de prueba se observa que en carpeta “contratos comerciales Ecopetrol y técnicos”.

1. Reposa el contrato N° MA 0024932 suscrito el 23 de abril de 2013, el cual tenía por objeto el servicio de **trasporte** de equipos, **fluidos**, tubería y componentes de herramientas pertenecientes a la superintendencia de operaciones huila-Tolima de Ecopetrol SA filiales y asociados desde sus instalaciones hasta los sitios requeridos para su ubicación o reparación y viceversa para la vigencia 2013.
2. Se encuentra contrato N° MA 0032979 suscrito el 19 de noviembre de 2013, con el objetivo de servicio de toma de registro de nivel de **fluido** y registro dinamométricos de los pozos pertenecientes a los campos de la superintendencia de operaciones de mares pertenecientes a la gerencia regional magdalena medio de Ecopetrol S.A.
3. Contrato N° 5213648 suscrito el 24 de febrero de 2014, que tenía como objeto el servicio de equipos para **trasporte de** herramientas, fluidos y tubería para los pozos pertenecientes a la superintendencia de operaciones Huila-Tolima.
4. Contrato N° UCN-DW-295 suscrito el 18 de mayo de 2016, su objeto fue servicio de **trasporte** de carga líquida (**fluidos**) para la gerencia de operaciones de desarrollo y producción de marres de Ecopetrol S.A.
5. Contrato N° 3004454 del 3 de enero de 2017, cuyo objetivo fue servicios de campamentos móviles para los campos pertenecientes a la gerencia de operaciones de desarrollo y producción piedemonte de Ecopetrol S.A.

También obran a folios 85 a 139, comprobantes de nómina en donde se observa que el centro de costos era transportar fluidos, y la unidad organizativa era operación de crudo, pero solo después de febrero de 2015 se modifica el centro de costos y unidad organizativa a ECOPETROL FLUIDOS.

Igualmente, se aprecia a folios 539 a 543, el contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre el señor PEDRO ISMAEL MOLINA MORENO e INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS, en donde se indicó que su oficio era operar el carro tanque, no se tendrá



en cuenta el contrato de trabajo aportado por la parte actora visible a folio 79 ya que el mismo no es del demandante si no de otro trabajador.

Aunado a esto de revisar el certificado de existencia y representación de Ecopetrol que corre a folios 35-72 el que tiene por objeto: “la exploración, explotación refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos”; al paso que la demandada principal Integral de servicios técnicos SAS en liquidación tiene por objeto social “prestar servicios públicos de transporte terrestre automotor de carga, con campo de acción nacional e internacional en los países miembros del grupo andino, de igual manera la compañía también podrá desarrollar actividades relacionadas con el transporte de fluidos líquidos, crudo, hidrocarburos en general y combustible (...) (fol 23 a 34).

Del examen anterior, se advierte que el objeto de la sociedad INTEGRAL DE SERVICIOS TECNICOS, se ajusta a las actividades desarrolladas por el demandante, tanto las indicadas en contrato como las que manifestó hacer en el interrogatorio de parte, no puede pasarse por alto que el actor en su interrogatorio indicó que la mayoría de tiempo realizó transporte de hidrocarburo de Ecopetrol, que no realizó transportes a otras empresas que de pronto si la empresa requería un remplazo él lo hacía.

De las actas de descargos realizadas el 28 de julio de 2014 (fol 544 y 545 carpeta exp. 2018-458” y 6 de junio de 2017 (fols 5-7 carpeta varios pedro), si bien el demandante frente a la primera indica que no la realizó de manera libre y voluntaria y que la segunda no la recuerda encuentra esta Juzgadora, que dicha documental tiene plena calidad probatorio pues las dos están suscritas por el actor, no fueron tachadas y ninguno de los dos documentos muestra anotación de inconformidad, en estas a la pregunta de cuáles eran las funciones claramente señala que transportar aceite de palma al igual que líquidos de crudo.

Por las anteriores razones no se puede inferir que las actividades desplegadas por el actor se encuentren enmarcadas dentro del objeto social de Ecopetrol que se circunscribe a la exploración, explotación refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, no puede equiparse las actividades de conductor a las de explotación, almacenamiento y transporte de hidrocarburos, sumado a que las actividades desarrolladas por el empleador demandado tampoco pertenecen al giro normal de las actividades de Ecopetrol.

De manera tal que el objeto social del Ecopetrol no está relacionado con el giro o la actividad del contratista y tampoco surge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que prevé el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que la labor desempeñada por el actor de manera alguna beneficiaba al contratista, porque según se deduce del libelo genitor el servicio de conducción se prestó a favor de INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS, en gracia de discusión, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra alguna necesidad propia del beneficiario, pues se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él y directamente vinculada con la explotación de su objeto.

Por lo anterior no puede predicarse la solidaridad frente a Ecopetrol, siendo necesario absolver de dicha pretensión, ahora bien, como la pretensión principal es reliquidar los salarios y prestaciones de acuerdo a los conceptos establecidos en la convención colectiva, se debe indicar que fueron aportadas convenciones de 2014-20118 y 2018-2020, siendo la primera la posible aplicable al actor.

Revisada esta se establece en su artículo 1 que será aplicable a los trabajadores de Ecopetrol S.A., y sus trabajadores sindicalizados representados en la organización sindical USO. Como ya se concluyó el señor PEDRO ISMAEL MOLINA MORENO, no tuvo relación laboral alguna con ECOPETROL que lo haga ser acreedor de las prerrogativas estipuladas en la convención colectiva de trabajo por ende tampoco salen avante esta pretensión y por su resulta esta juzgadora se aparta del estudio de las llamadas en garantía.



El **SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO** se orienta a determinar si hay lugar a la reliquidación de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social, conforme los salarios establecidos para los trabajadores de la industria del petróleo.

Sea lo primero indicar que el debate frente a este problema jurídico se centra a determinar si el actor tiene derecho a percibir los mismos salarios y prestaciones de los empleados de ECOPETROL S.A., en razón a que la compañía para la cual trabajo pertenece a la industria del petróleo de acuerdo a lo reglamentado en el Decreto 284 de 1957.

La normatividad anterior, ha sido de pronunciamiento de vieja data en la sentencia CSJ SL, 2 feb. 1996, rad. 7942 en donde explicó:

“que las obligaciones laborales que se llegasen a generar en virtud de la aplicación de esta figura, recaen independiente: exclusivamente en el contratista.

En efecto, es claro, según el texto de dicha disposición [Art. 1° Dec. 284/57], que en ella se consagra a favor de los trabajadores vinculados a contratistas de personas o entidades dedicadas a 'los ramos de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleo el derecho a gozar de los mismos salarios y prestaciones de los trabajadores directos de dichas personas o entidades; como lo es también que las personas directamente obligadas son, indiscutiblemente, los contratistas respecto de sus propios trabajadores, como se desprende claramente del párrafo final de dicho artículo, que dice: 'si los contratistas independientes no tuvieran los elementos adecuados para atender a las referidas prestaciones, podrán convenir (los dichos contratistas, obviamente) con la empresa beneficiaria que esta las atienda por cuenta de aquellos (también es obvio, los contratistas independientes). Si no fuere ello posible (finaliza la norma), los contratistas deberán compensar en dinero a sus trabajadores el valor de las prestaciones que no pudieran atender, previa autorización del gobierno'.

Observa esta Juzgadora que para la aplicación de la norma referida deben concurrir tres elementos esenciales como lo son: **i)** existencia de un contrato celebrado entre la empresa beneficiaria y el contratista independiente, el cual debe ser para prestar servicios esenciales de explotación y refinación del petróleo, actividades esenciales para la industria, **ii)** que el contratista independiente tenga empleados vinculados al desarrollo de actividades propias del sector petróleo, **iii)** que esos trabajadores del contratistas independiente estén en el mismo lugar de trabajo de la empresa beneficiaria, en caso de cumplirse estos tres presupuestos la responsable es únicamente la empresa contratista como se indicó en la jurisprudencia, no pudiéndose comparar esta figura con la de solidaridad establecida en el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo.

En primer lugar, como ya se indicó anteriormente entre ECOPETROL y LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS, se suscribieron diferentes contratos, dentro de los cuales el N° MA 0024932, N° 5213648 y ° UCN-DW-295, hacían referencia al transporte de herramientas, fluidos y tubería, de la lectura del objeto social de ECOPETROL y del Decreto 284/ 57, se observa que dicha actividad no es esencial para la industria del petróleo, por cuando dicho transporte no solo se realizaba para petróleo era para diferentes fluidos y herramientas.

En relación con el segundo presupuesto no se probó que el contratista tuviese vinculados trabajadores en actividades propias del sector petrolero, pues el testigo señor **JUAN DE JESUS ESCOBAR**, indicó que la empresa integral de servicio era quien le decía donde debía dirigirse a cargar o descargar, que debían reportarse 4 o 5 veces al día con los del SOS, que la empresa contratista era quien informaba a ECOPETROL quien era el conductor, que debían cumplir con los requisitos exigidos ya que al llegar al pozo eran los funcionarios de ECOPETROL quienes revisaban que los papeles estuvieran en regla y quienes después de enturnarse indicaban donde cargar, de dicha manifestación se evidencia que el contratista no contaba con personal dentro los pozos, por cuanto estando en dicho lugar quien indicaba lo que se debía hacer era Ecopetrol.

A su vez tanto el testigo como el demandante indicaron que recibían por parte de la empresa ayudas para el hospedaje cuando no alcanzaban a llegar al lugar indicado,



demostrando así que en ningún momento ellos se quedaban en el pozo o tenían que prestar su servicio directamente en lugares determinados por ECOPETROL por cuanto sus viajes se realizaban a diferentes lugares y conforme las órdenes dadas por el contratista independiente.

Para concluir del objeto social de LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS, claramente se extrae que está se dedica a la industria del transporte en general, por lo cual está tenía la posibilidad de movilizar cualquier clase de bien, entre ellos los hidrocarburos, pues como se desglosa de las actas de descargos este no solo transporte hidrocarburo si no también aceite de palma, características estas propias de la empresa demandada y que no debe mal interpretarse como transportadora exclusiva de combustible.

De las declaraciones hechas en la audiencia del artículo 80, en donde se señala que se transportaba hidrocarburos, no puede significar que el objeto social de la prestación del servicio de transporte cambia por el solo hecho que en su mayoría de veces se transportara esta clase de fluidos.

Como resultado no se encuentra demostrado que las labores desempeñadas por el actor fueran vinculadas específicamente a las operaciones de transporte de petróleo o sus derivados y en la misma zona de trabajo de los empleados de Ecopetrol, con estos argumentos se debe absolver a la demandada de esta pretensión.

EL TERCER PROBLEMA JURÍDICO se orienta a determinar si hay lugar a la reliquidación de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social, teniendo en cuenta que los conceptos de comisiones variables, viáticos y vale de alimentación son factor salarial.

QUE CONSTITUYE SALARIO

Artículo 127 del CST según el cual “el salario es la remuneración ordinaria, fija o variable y 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”

Conforme la Sentencia de antaño del 18 de junio de 2014, Rad. No. 43864, se determinó que:

“(...)” De lo anterior se sigue que para efectos de reconocer un pago como salario debe estar definido que este se hace como contraprestación directa del servicio, condición que debe probar la parte que aspira a que se le dé esta connotación, pues, de lo contrario, no resultará próspera su pretensión. Para tener éxito en esta causa, la parte interesada deberá acreditar no solo que, en efecto, se recibió el pago por el trabajador, sino también el origen de este, así como las condiciones y términos requeridos para su reconocimiento”

“(...)” Conforme a lo atrás dicho de cara a la interpretación de los artículos 127 y 128 del CST que le ha venido dando la jurisprudencia, no todo lo que recibe el trabajador, así constituya un beneficio, es salario, sino que es indispensable que dicho reconocimiento se haga como contraprestación directa del servicio, condición que debe estar claramente definida en el proceso. Con la interpretación que sugiere el impugnante, se llegaría al extremo de que todos los pagos realizados, de forma periódica, por cuenta del empleador y favor del trabajador, en virtud de la ejecución del contrato de trabajo, tales como los aportes legales a salud, pensiones y riesgos profesionales, y los parafiscales, serían salario, en razón de que, sin duda, se hacen por tener la calidad de trabajador de la empresa y no cabe duda de que lo benefician. “(...)”.

Igualmente, en sentencia con radicación No. 43179, del catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013), M.P CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE indicó que:

(...)Con otras palabras, a la luz del artículo 130 del Código Sustantivo de Trabajo y de la jurisprudencia que le ha señalado alcance, para que los viáticos tengan carácter



permanente, y por ende incidencia salarial, es indispensable que se configuren las siguientes condiciones:

- (i) que tengan carácter habitual, esto es que se otorguen de manera ordinaria o regular, por razón de que el trabajador deba trasladarse frecuentemente de su domicilio contractual hacia otros lugares;
- (ii) que esos desplazamientos obedezcan a órdenes del empleador, quien con su poder subordinante está facultado para imponerle al trabajador el desarrollo temporal de sus funciones en sedes diferentes a la usual de sus servicios;
- (iii) que las actividades encargadas al trabajador en la comisión de servicios, estén relacionadas con las funciones propias del cargo del cual es titular, o de otras actividades que le encomiende su empleador. En este sentido, desde hace más de una década así lo adocrinó la Sala al señalar, “que la hermenéutica propuesta por el recurrente en el sentido de que la permanencia implica que los viajes del empleado sean inherentes al servicio ordinario prometido por él, resulta ser restrictiva en exceso y por ello no se acomoda al sentido textual de la norma, ya que si bien no se remite a duda que los viáticos que percibe un trabajador itinerante son permanentes, puede darse que aunque las labores comunes del operario no impliquen por sí traslados, el empleador o sus representantes pueden decidir asignarle tareas que los comporten por un período tan significativo que los viáticos percibidos reúnan las características de habitualidad y frecuencia exigidas por la norma”.¹
- (iv) que los viáticos se otorguen con el fin de cubrir los gastos correspondientes a manutención y alojamiento, lo que obliga al empleador a detallar qué monto de lo otorgado cubre tales gastos y cuánto corresponde a otros ítems, tales como los de transporte.

El demandante manifiesta en su demanda que con la empresa demandada se estableció un salario de \$800.000, el cual para el año 2014 incremento en el valor de \$815.520, que adicionalmente recibía de manera habitual una comisión variable, viáticos y vale de alimentación.

De los desprendibles de nómina se observa que el demandante percibió durante su relación laboral los salarios ya indicados junto con los siguientes rubros adicionales:

Concepto	valor	Fecha de nomina	Folio
Viáticos	\$ 375.000	1/11/13 al 15/11/13	85
Comisión	\$ 1.502.622	1/11/13 al 15/11/13	85
Viáticos	\$ 375.000	16/11/13 al 30/11/13	86
Viáticos	\$ 375.000	1/12/13 al 15/12/13	87
Comisión	\$ 1.837.737	1/12/13 al 15/12/13	87
Viáticos	\$ 375.000	16/12/13 al 31/12/13	88
Viáticos	\$ 375.000	1/01/14 al 15/01/14	89
Comisión	\$ 2.065.266	1/01/14 al 15/01/14	89
Viáticos	\$ 300.000	16/01/14 al 31/01/14	90
Viáticos	\$ 375.000	01/02/14 al 15/02/14	91
comisión	\$ 2.155.775	01/02/14 al 15/02/14	91
Viáticos	\$ 375.000	16/02/14 al 28/02/14	92
Viáticos	\$ 375.000	2/05/14 al 15/03/14	93
comisión	\$ 2.004.750	2/05/14 al 15/03/14	93
Viáticos	\$ 375.000	16/03/14 al 31/03/14	94
Viáticos	\$ 375.000	01/04/14 al 15/04/14	95
comisión	\$ 1.674.486	01/04/14 al 15/04/14	95
Viáticos	\$ 375.000	16/04/14 al 30/04/14	96
Viáticos	\$ 650.000	01/05/14 al 31/05/14	97
comisión	\$ 1.995.939	01/05/14 al 31/05/14	97

¹ CSJ Laboral, 27 julio 2001, Rad. 15568



Viáticos	\$ 625.000	01/06/14 al 30/06/14	98
Comisión	\$ 1.670.576	01/06/14 al 30/06/14	98
Viáticos	\$ 725.000	01/07/14 al 31/07/14	99
comisión	\$ 1.839.717	01/07/14 al 31/07/14	99
viáticos	\$ 325.000	01/08/14 al 31/08/14	100
Comisión	\$ 1.994.801	01/08/14 al 31/08/14	100
Viáticos	\$ 600.000	01/09/14 al 30/09/14	100
comisión	\$ 652.426	01/09/14 al 30/09/14	100
Viáticos	\$ 200.000	01/10/14 al 31/10/14	101
comisión	\$ 876.160	01/10/14 al 31/10/14	101
vales de alimentación	\$ 450.000	01/11/14 al 31/11/14	103
Viáticos	\$ 400.000	01/11/14 al 31/11/14	103
vales de alimentación	\$ 450.000	01/12/14 al 31/12/14	104
Viáticos	\$ 750.000	01/12/14 al 31/12/14	104
Comisión	\$ 1.685.495	01/12/14 al 31/12/14	104
vales de alimentación	\$ 450.000	01/01/14 al 31/01/15	105
viáticos	\$ 225.000	01/01/14 al 31/01/15	105
comisión	\$ 1.044.872	01/01/14 al 31/01/15	105
vales de alimentación	\$ 450.000	01/02/15 al 28/02/15	106
Viáticos	\$ 100.000	01/02/15 al 28/02/15	106
vales de alimentación	\$ 450.000	01/03/15 al 31/03/15	107
Viáticos	\$ 750.000	01/03/15 al 31/03/15	107
comisión	\$ 846.205	01/03/15 al 31/03/15	107
vales de alimentación	\$ 450.000	01/04/15 al 30/04/15	108
viáticos	\$ 375.000	01/04/15 al 30/04/15	108
comisión	\$ 1.609.586	01/04/15 al 30/04/15	108
vales de alimentación	\$ 450.000	01/05/15 al 31/05/15	109
Viáticos	\$ 325.000	01/05/15 al 31/05/15	109
Comisión	\$ 819.505	01/05/15 al 31/05/15	109
vales de alimentación	\$ 450.000	01/06/15 al 30/06/15	110
Viáticos	\$ 650.000	01/06/15 al 30/06/15	110
Comisión	\$ 1.329.711	01/06/15 al 30/06/15	110
vales de alimentación	\$ 450.000	01/07/15 al 31/07/15	111
Viáticos	\$ 600.000	01/07/15 al 31/07/15	111
Comisión	\$ 805.326	01/07/15 al 31/07/15	111
vales de alimentación	\$ 450.000	01/08/15 al 31/08/15	112
Viáticos	\$ 775.000	01/08/15 al 31/08/15	112
Comisión	\$ 892.421	01/08/15 al 31/08/15	112
vales de alimentación	\$ 450.000	01/09/15 al 31/09/15	113
Viáticos	\$ 775.000	01/09/15 al 31/09/15	113
Comisión	\$ 1.297.533	01/09/15 al 31/09/15	113
vales de alimentación	\$ 450.000	01/10/15 al 31/10/15	114



Viáticos	\$ 375.000	01/10/15 al 31/10/15	114
Comisión	\$ 2.073.976	01/10/15 al 31/10/15	114
vales de alimentación	\$ 450.000	01/11/15 al 31/11/15	115
Viáticos	\$ 775.000	01/11/15 al 31/11/15	115
Comisión	\$ 1.880.961	01/11/15 al 31/11/15	115
vales de alimentación	\$ 450.000	01/12/15 al 31/12/15	116
Viáticos	\$ 450.000	01/12/15 al 31/12/15	116
Comisión	\$ 1.161.239	01/12/15 al 31/12/15	116
vales de alimentación	\$ 450.000	01/01/16 al 31/01/16	117
Viáticos	\$ 775.000	01/01/16 al 31/01/16	117
Comisión	\$ 1.608.449	01/01/16 al 31/01/16	117
vales de alimentación	\$ 450.000	01/02/16 al 29/02/16	118
Viáticos	\$ 550.000	01/02/16 al 29/02/16	118
Comisión	\$ 1.094.524	01/02/16 al 29/02/16	118
vales de alimentación	\$ 450.000	01/03/16 al 31/03/16	119
Viáticos	\$ 550.000	01/03/16 al 31/03/16	119
Comisión	\$ 626.627	01/03/16 al 31/03/16	119
vales de alimentación	\$ 450.000	01/04/16 al 30/04/16	120
Viáticos	\$ 725.000	01/04/16 al 30/04/16	120
Comisión	\$ 919.775	01/04/16 al 30/04/16	120
vales de alimentación	\$ 450.000	01/05/16 al 31/05/16	121
Viáticos	\$ 525.000	01/05/16 al 31/05/16	121
Comisión	\$ 837.462	01/05/16 al 31/05/16	121
vales de alimentación	\$ 450.000	01/06/16 al 30/06/16	122
Viáticos	\$ 775.000	01/06/16 al 30/06/16	122
Comisión	\$ 1.471.996	01/06/16 al 30/06/16	122
vales de alimentación	\$ 450.000	01/07/16 al 31/07/16	123
Viáticos	\$ 675.000	01/07/16 al 31/07/16	123
Comisión	\$ 771.094	01/07/16 al 31/07/16	123
vales de alimentación	\$ 450.000	01/08/16 al 31/08/16	124
Viáticos	\$ 475.000	01/08/16 al 31/08/16	124
Comisión	\$ 215.618	01/08/16 al 31/08/16	124
vales de alimentación	\$ 450.000	01/09/16 al 30/09/16	125
Viáticos	\$ 525.000	01/09/16 al 30/09/16	125
Comisión	\$ 502.391	01/09/16 al 30/09/16	125
vales de alimentación	\$ 450.000	01/10/16 al 31/10/16	126
Viáticos	\$ 750.000	01/10/16 al 31/10/16	126
Comisión	\$ 1.432.680	01/10/16 al 31/10/16	126
vales de alimentación	\$ 450.000	01/11/16 al 30/11/16	127
Viáticos	\$ 650.000	01/11/16 al 30/11/16	127
Comisión	\$ 1.255.556	01/11/16 al 30/11/16	127



vales de alimentación	\$ 450.000	01/12/16 al 31/12/16	128
Viáticos	\$ 750.000	01/12/16 al 31/12/16	128
Comisión	\$ 852.393	01/12/16 al 31/12/16	128
vales de alimentación	\$ 450.000	01/01/17 al 31/01/17	130
Viáticos	\$ 750.000	01/01/17 al 31/01/17	130
Comisión	\$ 1.539.659	01/01/17 al 31/01/17	130
vales de alimentación	450000	01/02/17 al 28/02/17	131
Viáticos	\$ 550.000	01/02/17 al 28/02/17	131
Comisión	\$ 1.014.585	01/02/17 al 28/02/17	131
vales de alimentación	\$ 450.000	01/03/17 al 31/03/17	132
Viáticos	\$ 600.000	01/03/17 al 31/03/17	132
Comisión	\$ 1.216.285	01/03/17 al 31/03/17	132
vales de alimentación	\$ 450.000	01/04/17 al 30/04/17	133
Viáticos	\$ 700.000	01/04/17 al 30/04/17	133
Comisión	\$ 1.792.238	01/04/17 al 30/04/17	133
vales de alimentación	\$ 450.000	01/05/17 al 31/05/17	134
Viáticos	\$ 675.000	01/05/17 al 31/05/17	134
Comisión	\$ 1.891.503	01/05/17 al 31/05/17	134
vales de alimentación	\$ 450.000	01/06/17 al 30/06/17	135
Viáticos	\$ 775.000	01/06/17 al 30/06/17	135
Comisión	\$ 642.213	01/06/17 al 30/06/17	135
vales de alimentación	\$ 450.000	01/07/17 al 31/07/17	136
Viáticos	\$ 700.000	01/07/17 al 31/07/17	136
Comisión	\$ 590.377	01/07/17 al 31/07/17	136
vales de alimentación	\$ 450.000	01/08/17 al 31/08/17	137
Viáticos	\$ 300.000	01/08/17 al 31/08/17	137
Comisión	\$ 299.888	01/08/17 al 31/08/17	137
vales de alimentación	\$ 900.000	01/09/17 al 30/09/17	138
Viáticos	\$ 550.000	01/09/17 al 30/09/17	138
Comisión	\$ 429.809	01/09/17 al 30/09/17	138
vales de alimentación	\$ 450.000	01/10/17 al 31/10/17	139
Viáticos	\$ 600.000	01/10/17 al 31/10/17	139
Comisión	\$ 859.430	01/10/17 al 31/10/17	139

Teniendo en cuenta que el artículo 127 del CST indica que las comisiones constituyen salario, por considerársele como tal, 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, entenderá esta Juzgadora como salario todas las denominaciones que la parte demandante demuestra haber devengado durante la relación laboral que sostuvo entre el 2 de mayo de 2013 al 24 de octubre de 2017 al igual que los viáticos y el vale de alimentación ya que como quedo señalado anteriormente fueron conceptos percibidos de manera habitual y como contra prestación del servicio constituyéndose factor salarial conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales esbozados.

ACREENCIAS LABORALES RECLAMADAS



Como quiera que el demandado no demostró haber cancelado las acreencias sobre un salario mayor al básico devengado, se pasa a verificar la procedencia de la reliquidación solicitada.

PRESCRIPCIÓN

Ahora bien, teniendo en cuenta que la demandada formuló la excepción de prescripción y que tal fenómeno se interrumpió con la presentación de la demanda el 14 de agosto de 2018 conforme acta de reparto visible a folio 114, debe indicar esta Juzgadora que se encuentran prescritas todas las acreencias laborales anteriores al 14 de agosto de 2015.

Lo anterior, con excepción de las **cesantías** cuyo término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), debiéndose declarar **no probada la excepción de prescripción** frente a esta acreencia, y en relación con las vacaciones se declara probada parcialmente en relación a las exigibles antes del 14 de agosto del 2014, en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020).

Frente a los aportes a seguridad social debe señalarse que los mismos son imprescriptibles, como quiera que constituyen el capital indispensable para la consolidación y la financiación de la pensión de vejez del trabajador. (Criterio expuesto en la sentencia de la CSJ SL 5544-2019)

Por lo anterior, se condenará al demandado a re liquidar las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones que fueron reconocidos y pagados al trabajador, desde el **15 de agosto de 2015** hasta la finalización del contrato de trabajo de los meses en los que conste que el demandante devengó comisión, viáticos y vale de alimentos durante la vigencia de su contrato de trabajo le fueron cancelados estos años, con ingresos de liquidación inferiores a los que debían tenerse en cuenta conforme las liquidaciones aportadas en el expediente, por lo que debe **DECLARARSE PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PAGO PROPUESTA**.

En consecuencia y conforme la liquidación elaborada por el Despacho, se condenará al pago de los siguientes valores:

AUXILIO DE CESANTIAS

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

En este punto debe aclararse, qué las cesantías así se tengan que consignar anualmente en un fondo de pensiones se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo ya que por la naturaleza y finalidad estas están destinadas a atenuar las vicisitudes que pudieren sobrevenir de las condiciones de estar cesante, lo que quiere decir que desde el día siguiente a la culminación del contrato resulta dable contar con la efectividad de disponer de ellas.

Por lo cual realizadas las operaciones aritméticas arrojan los siguientes valores teniendo en cuenta que frente a las cesantías no se aportó documental alguna que demuestre el valor cancelado:

año	valor a condenar
2013	\$ 2.173.621
2014	\$ 3.041.803
2015	\$ 3.762.665



2016	\$ 2.874.984
2017	\$ 2.958.119

Por lo anterior, se condenará a la demandada a reliquidar al demandante por concepto de cesantías la suma de \$14.811.191

INTERESES A LAS CESANTIAS

Desde la Ley 52 de 1975 se estableció que todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, el cual corresponde al 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía. Deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía.

año	valor liquidado	valor cancelado	valor a condenar
2013	\$ 176.063	\$ 156.001	\$ 20.062
2014	\$ 365.016	\$ 369.849	no adeuda
2015	\$ 451.520	\$ 297.966	\$ 153.554
2016	\$ 344.998	\$ 307.172	\$ 37.826
2017	\$ 137.059	\$ 198.163	no adeuda

Por lo que se condenará a la demandada a pagar al demandante \$ 191.380 por concepto de intereses a las cesantías.

PRIMA DE SERVICIOS

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

año	valor liquidado	valor cancelado	valor a condenar
2015	\$ 1.452.807	\$ 1.396.215	\$ 56.592
2016	\$ 2.874.984	\$ 2.415.240	\$ 459.744
2017	\$ 2.958.119	\$ 662.412	\$ 2.295.707

Por lo que se condenará a la demandada a pagar al demandante \$ 2.812.042 por concepto de intereses a las cesantías.

VACACIONES

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.



año	valor liquidado	valor cancelado	valor a condenar
2014	\$ 583.012	\$ 1.870.478	no adeuda
2015	\$ 1.881.333	\$ 1.870.478	\$ 10.855
2016	\$ 1.437.492	\$ 1.768.164	no adeuda
2017	\$ 1.479.059	\$ 952.560	\$ 526.499

Por lo que se condenará a la demandada a pagar al demandante \$ 526.499 por concepto de intereses a las cesantías.

APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Se condenará al demandado a reliquidar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, a través de la administradora a la que se encuentre afiliado actualmente la demandante calculada con el valor total del salario y descontando el valor aportado conforme a la historia laboral visible en el archivo denominado “15 documentos aportados parte demandante”, esto es:

Periodo	aportes	valor aportado	Diferencia
nov-13	\$ 3.052.622	\$ 3.053.000	-\$ 378,00
dic-13	\$ 3.387.737	\$ 3.388.000	-\$ 263,00
ene-14	\$ 3.555.786	\$ 3.540.000	\$ 15.786,00
feb-14	\$ 3.721.295	\$ 3.721.000	\$ 295,00
mar-14	\$ 1.190.520	\$ 3.570.000	-\$ 2.379.480,00
abr-14	\$ 3.240.006	\$ 3.240.000	\$ 6,00
may-14	\$ 5.841.209	\$ 3.461.000	\$ 2.380.209,00
jun-14	\$ 3.111.096	\$ 3.111.000	\$ 96,00
jul-14	\$ 3.380.237	\$ 3.380.000	\$ 237,00
ago-14	\$ 3.135.321	\$ 3.392.000	-\$ 256.679,00
sep-14	\$ 2.067.946	\$ 2.068.000	-\$ 54,00
oct-14	\$ 1.891.680	\$ 2.518.000	-\$ 626.320,00
nov-14	\$ 1.665.520	\$ 1.341.000	\$ 324.520,00
dic-14	\$ 3.701.015	\$ 3.251.000	\$ 450.015,00
ene-15	\$ 2.535.392	\$ 2.085.000	\$ 450.392,00
feb-15	\$ 1.365.520	\$ 916.000	\$ 449.520,00
mar-15	\$ 2.861.725	\$ 2.412.000	\$ 449.725,00
abr-15	\$ 3.250.106	\$ 2.800.000	\$ 450.106,00
may-15	\$ 2.410.025	\$ 1.960.000	\$ 450.025,00
jun-15	\$ 3.245.231	\$ 2.795.000	\$ 450.231,00



jul-15	\$ 2.670.846	\$ 2.221.000	\$ 449.846,00
ago-15	\$ 4.132.813	\$ 2.483.000	\$ 1.649.812,90
sep-15	\$ 3.338.053	\$ 2.888.000	\$ 450.053,00
oct-15	\$ 3.714.496	\$ 3.264.000	\$ 450.496,00
nov-15	\$ 3.921.481	\$ 3.471.000	\$ 450.481,00
dic-15	\$ 2.876.759	\$ 2.427.000	\$ 449.759,00
ene-16	\$ 3.648.969	\$ 3.199.000	\$ 449.969,00
feb-16	\$ 2.910.044	\$ 2.460.000	\$ 450.044,00
mar-16	\$ 2.442.147	\$ 1.992.000	\$ 450.147,00
abr-16	\$ 2.910.295	\$ 2.460.000	\$ 450.295,00
may-16	\$ 2.627.982	\$ 2.178.000	\$ 449.982,00
jun-16	\$ 3.512.516	\$ 3.063.000	\$ 449.516,00
jul-16	\$ 2.711.614	\$ 2.262.000	\$ 449.614,00
ago-16	\$ 1.956.138	\$ 1.506.000	\$ 450.138,00
sep-16	\$ 2.292.911	\$ 1.843.000	\$ 449.911,00
oct-16	\$ 3.448.200	\$ 2.998.000	\$ 450.200,00
nov-16	\$ 3.171.076	\$ 2.721.000	\$ 450.076,00
dic-16	\$ 2.867.913	\$ 2.418.000	\$ 449.913,00
ene-17	\$ 3.555.179	\$ 3.105.000	\$ 450.179,00
feb-17	\$ 2.830.105	\$ 2.380.000	\$ 450.105,00
mar-17	\$ 3.081.805	\$ 2.632.000	\$ 449.805,00
abr-17	\$ 3.757.758	\$ 3.308.000	\$ 449.758,00
may-17	\$ 3.832.023	\$ 3.382.000	\$ 450.023,00
jun-17	\$ 2.682.733	\$ 2.233.000	\$ 449.733,00
jul-17	\$ 2.555.897	\$ 3.145.000	-\$ 589.103,00
ago-17	\$ 1.865.408	\$ 1.415.000	\$ 450.408,00
sep-17	\$ 2.695.329	\$ 1.795.000	\$ 900.329,00
oct-17	\$ 2.724.950	\$ 2.112.000	\$ 612.950,00

toda vez que los aportes a pensión no se afectan por el fenómeno prescriptivo por tratarse de elementos constitutivos del derecho pensional.

Despido sin justa causa



La jurisprudencia ha enseñado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador de la terminación del contrato y al empleador el demostrar que se dio por una justa causa o en caso contrario que canceló la correspondiente indemnización.

Como se aceptó desde la contestación de la demanda la actuación desplegada por la demandada se encuentra plenamente autorizada por la ley, en la medida que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo prevé la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa siempre y cuando se conceda la correspondiente indemnización. Una vez realizadas las operaciones aritméticas observa esta Juzgadora que conforme con lo cancelado por este concepto se adeuda la diferencia de \$ 2.623.251.

INDEMNIZACION MORATORIA

La indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que se causa por el no pago de salarios y prestaciones sociales en forma oportuna a la terminación de la relación laboral y, la indemnización por no consignación de cesantías contemplada en el artículo 99, num. 3°, de la Ley 50 de 1990, en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras en la N° 32529 del 5 de marzo del 2009 ha señalado que no se aplican de manera objetiva y automática, sino que se debe establecer si la conducta del empleador es carente de buena fe a fin de determinar su viabilidad dado el carácter de sanción que tiene la misma.

Lo anterior, coincide con lo señalado por la Corte Constitucional, en la sentencia T-459 del 2017, en donde explicó que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Precisado lo anterior, y teniendo en cuenta el material probatorio recaudado advierte esta Juzgadora que en el asunto objeto de estudio, la demandada **LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS EN LIQUIDACIÓN** canceló las prestaciones sociales al demandante bajo la modalidad del salario devengado convenido. Por lo que, no se condenará al pago de la indemnización moratoria y la indemnización por no consignación a las cesantías. De igual manera, se negará la sanción por no consignación de las cesantías a la demandada **LA EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS SAS EN LIQUIDACIÓN** toda vez que no hubo mala fe de la demandada en el pago erróneo del pago de las cesantías.

INDEXACIÓN

Se ordena indexar las condenas impuestas desde el momento en que se causó cada una de las acreencias laborales, con base en el índice de precios al consumidor.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que conforme el Decreto 284 de 1957 y si bien el juzgado había indicado que las demandadas tenían un objeto social distinto, lo cierto era que el artículo 1 de dicho decreto y Ley 161 de 1961, consagraban que cuando Ecopetrol S.A., realizaba contrataciones para la realización de su objeto social, tenía la obligación de reconocerles a los trabajadores de los contratistas los mismos salarios y prestaciones de Ecopetrol S.A., y conforme la actividad desarrollada por el actor, transporte



de crudo, estas estaban contempladas en la Ley y si bien Ecopetrol señaló que dicho transporte de crudo se hacía a través de oleoducto, había quedado probado que esta contrataba directamente el transporte de petróleo o sus derivados.

Que la interpretación del despacho en cuanto a la convención colectiva, si bien esta se aplicaba a los trabajadores de la sociedad y su organización sindical, debía aplicarse al caso del actor de manera indirecta, ya que el Decreto 284, señalaba que los trabajadores de los contratistas, debían tener los mismos derechos que los de Ecopetrol y por ello, también les era aplicables las disposiciones de dicha convención, que las pretensiones se encaminaron no a una aplicación directa de la convención sino por virtud de lo previsto en la *guía de aspectos laborales para contratistas*, en la que se establece que en cumplimiento del Decreto 284, era obligación de estos reconocer los beneficios allí señalados a los trabajadores y ello se formuló en las pretensiones subsidiarias.

Indicó que en cuanto a la solidaridad, esta debía analizarse a la luz del numeral 2 del artículo 34 del CST, norma que no exigía los requisitos señalados por el despacho para concluir que no existía la solidaridad, contrario a ello, era claro que la sola calidad de contratista que fue aceptada por Ecopetrol S.A., configuraba la solidaridad prevista en la norma en cita, estableciéndose la responsabilidad de esta sociedad. Frente a los valores indicados por el despacho, se reclamaba que el subsidio de alimentación era de carácter salarial, invocándose que este igualmente era descontado por el empleador, lo que significaba que no lo pagaban al trabajador y como era descontado unilateralmente, no era autorizado, pues cualquier descuento conforme a Ley, debe estar previamente autorizado por el trabajador, autorización que no se tenía por parte del empleador y por ello, tales sumas deben ser retribuidas junto con los demás valores reliquidados.

Señaló que no procedía la absolución respecto de las indemnizaciones previstas en el artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990; ya que fue claro y concluido por el despacho que las comisiones y viáticos constituían factor salarial, es claro que tal actuar se enmarca en el campo de la mala fe ya que



el empleador pretendía con ello desconocer los derechos laborales del demandante para poder enriquecerse.

La demandada **Integral de Servicios Técnicos S.A.S.**, recurrió señalando que no era procedente la reliquidación realizada de prestaciones, ya que los conceptos con los cuales se realizó la misma, fueron objeto de autonomía de la voluntad conjunta de las partes, mediante la cual se pactó que tales conceptos no eran factor salarial.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, teniendo como puntos de inconformidad en primer lugar, si hay lugar a la aplicación de la convención colectiva suscrita por Ecopetrol y la organización sindical USO o en su defecto, la procedencia de la aplicación de la denominada *guía de aspectos laborales para contratistas*, como segundo punto, se abordara el estudio de si lo devengado por el actor como viáticos y comisiones, constituyen factor salarial y de ser así, la procedencia de la condena prevista en el artículo 65 del CST y la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si se configura la solidaridad alegada respecto de Ecopetrol S.A., y si procede como lo solicita la parte demandante, disponer la devolución de las sumas reconocidas por concepto de auxilio de alimentación.

Para resolver lo anterior, sea lo primero señalar que en el presente no ofreció reparo que el demandante sostuvo una relación laboral con la demandada EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS TÉCNICOS S.A.S., entre el 2 de mayo de 2013 al 24 de octubre de 2017, hecho este que fue aceptado por esta demandada en escrito de contestación y lo certifica a folio 443 del plenario digital; tampoco ofreció reparo que en virtud de la relación laboral en mención, el demandante se desempeñó como operador de carrotanque.

Aplicación convención colectiva de trabajo – guía de aspectos laborales

Determinado lo anterior, en cuanto a la aplicación de la convención colectiva de trabajo suscrita por Ecopetrol S.A. y la organización sindical – Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo USO que fuera aportada por la



sociedad en mención, correspondiente a la vigencia 2014 – 2018; se tiene que contrario a lo indicado por el recurrente de la parte demandante y como bien lo adujo la decisión de primer grado, las disposiciones allí previstas, no le son aplicables al actor como quiera que de su texto se establece de manera clara que únicamente se benefician de ella los **trabajadores de Ecopetrol S.A.**, afiliados a los sindicatos con los que se suscribió la misma y en trámite procesal no ofreció reparo que el actor no ostentó la calidad de trabajador de Ecopetrol S.A., aunado a lo cual, ninguna de sus cláusulas de ámbito de aplicación de este instrumento convencional, permite extender sus beneficios a los trabajadores de los contratistas como los solicita la parte demandante en su recurso, resultando dicha petición improcedente.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de los beneficios de la guía de aspectos laborales, se observa que si bien la parte demandante hace alusión a este documento, así como una testimonial vertida en el trámite procesal, lo cierto es que no fue aportada al plenario, lo que de entrada permite concluir que se torna imposible determinar la aplicación de tal guía para el caso del actor y el estudio de las prerrogativas solicitadas con base en dicho documental, fuente de derechos que se itera, no se aportó por ninguna de las partes.

En cuanto a la aplicación del Decreto 284 de 1957, se tiene que como bien lo adujo la decisión de primer grado no se configuran en el presente los requisitos para determinar que Ecopetrol S.A., se encuentra obligada a reconocerle al actor los mismos salarios y prestaciones que reconoce a sus trabajadores que desempeñan actividad similar al trabajador, ya que es claro en esta oportunidad que la labor prestada por el actor no correspondía a actividades esenciales a la industria del petróleo, en tanto manifestó en documentales mediante las cuales rindió descargos en proceso disciplinario adelantado por su empleador, que además de transportar líquidos de crudo, transportaba aceite de palma; de lo que se infiere claramente que la labor prestada por el actor, no se circunscribe a un servicio esencial de explotación y refinación de petróleo o actividades esenciales para dicha industria, presupuesto ineludible para la aplicación de la norma que predica el recurrente actor, siendo claro que no hay lugar a variar la decisión en este sentido.



Comisiones y viáticos como factor salarial

Sobre el particular y contrario a lo manifestado por la demandada Integral de Servicios Técnicos S.A.S., es claro que las comisiones constituyen salario conforme lo señalado en el artículo 127 del CST y quedando probado durante el trámite procesal que las mismas no fueron tenidas en cuenta como tal para la liquidación de prestaciones sociales, correspondía reliquidar las mismas como lo indicó la decisión de instancia.

De otra parte, en cuanto a los viáticos afirma el recurrente de la sociedad en mención que respecto a estos se suscribió pacto de desalarización, el que se observa en el parágrafo 4 de la cláusula segunda del contrato de trabajo y señala que los conceptos de alimentación, habitación o vivienda, transporte y vestuario devengados por el trabajador, no tienen connotación salarial. No obstante lo anterior, la CSJ ha reiterado entre otras en sentencia SL 4313 de 2022, que las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por su naturaleza tiene tal connotación; presupuesto que sin duda concurre en esta oportunidad como quiera que los viáticos que devengara el actor, fueron recibidos de manera habitual, lo que se desprende con claridad de los comprobantes de nómina devengados por este y que guardan identidad con la relación de dichos pagos que se efectuara en decisión de primer grado; resultando claro para esta Sala que el concepto bajo estudio sí constituía factor salarial a la luz de lo previsto en el artículo 130 del CST, circunstancia que también ha sido reiterada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 1616 de 2022, por lo que el pacto que alega el recurrente de la demandada resulta ineficaz.

Solidaridad artículo 34 CST

Indica la parte demandante que se configura la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST respecto de Ecopetrol S.A., frente a lo cual, se tiene que para esta sala, no se dan los presupuestos para tal efecto como quiera que analizados los objetos sociales de las demandadas, el de la sociedad Integral de Servicios S.A.S., prevé que su objeto social se enmarca en el transporte de fluidos y si bien entre estos, se detalla que transporta crudo e hidrocarburos, lo cierto es que no se dedica exclusivamente al transporte de estos últimos para considerar que su actividad se corresponde con el giro



ordinario de los negocios de Ecopetrol S.A., aunado a ello, la Sala Laboral de la CSJ ha indicado que el estudio de esta figura, no sólo se puede deducir a través de los objetos sociales del contratante y contratista, sino que resulta necesario analizar las características propias de la labor desarrollada por el trabajador; así se pronunció en sentencia SL 3014 de 2019, oportunidad en que señaló:

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación, lo sostenido por la Sala en la sentencia CSJ SL14692-2017, en donde reiteró lo dicho en la SL, 2 jun. 2009, rad. 33082:

Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

[...]

*“Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador**, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado”. (Negrillas fuera del texto original).*

Conforme lo señalado en precedencia y contrario a lo indicado por la parte demandante en su recurso, no basta únicamente la calidad de contratista para que se configure la solidaridad bajo estudio, siendo claro que conforme la actividad realizada por el actor, quien indicó que entre sus funciones se encontraba además de transporte de crudo, también el de aceite de palma, es claro que tal actividad no se enmarca en el giro habitual de los negocios de Ecopetrol S.A., cuyo objeto social se circunscribe a la *exploración, explotación refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos*, siendo claro que el transporte de otras sustancias como el aceite de palma, no encuadra dentro de la actividad comercial de la demandada en mención, no configurándose así la solidaridad alegada.



Devolución de sumas por concepto de vales de alimentación

Refiere el apoderado actor que las sumas que se reflejan en los desprendibles de nómina aportados por concepto de vales de alimentación, deben ser devueltos a su favor como quiera que fueron descuentos no autorizados; sobre el particular resulta suficiente señalar que si bien en los comprobantes a que se alude, se registra un descuento por tal concepto, lo cierto es que asimismo, se evidencia que idéntica suma ingresó al patrimonio del trabajador, no configurándose descuento alguno de la base salarial del actor, pues se itera, tales sumas se registran como ingreso y al mismo tiempo como egreso, sin que se evidencia diferencia alguna a favor del trabajador para proceder a la devolución deprecada.

Indemnizaciones moratorias – estudio del actuar de la demandada Integral de Servicios Técnicos S.A.S.

Indica esta demandada que los rubros que se determinaron en el trámite procesal tenían incidencia salarial, no fueron pagados como tal debido al pacto realizado al respecto con el trabajador, quien lo aceptó sin presión alguna. Al respecto, observa la Sala que este es el único argumento que exhibe la parte demandada en aras de justificar su actuar encaminado a desconocer el carácter salarial de las comisiones respecto de las cuales, la Ley señala claramente que constituyen factor salarial, así como los viáticos pagados de manera permanente que sin duda retribuían el servicio del actor; en los términos del artículo 130 del CST.

Así las cosas el argumento esbozado por la parte demandada para indicar que su actuar, mediante el cual desconoció la incidencia salarial de los rubros en comento pagados al actor, no resulta suficiente para ubicar tal desconocimiento en el campo de la buena fe, ya que la aceptación del pacto de exclusión salarial, no cumple con el efecto pretendido, pues como se señaló en aparte pertinente, tales aceptaciones por parte del trabajador, se tornan ineficaces cuando no obedecen a la realidad como ocurrió en esta oportunidad, pues en el plano real, quedando así determinado el actuar de mala fe de la demandada, razón por la cual, deberá efectuar el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículo 65 del CST como lo reclama el recurrente.



Así las cosas, respecto de la primera de estas, esto es, la indemnización por no consignación de cesantía, la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL 417 de 2021, ha reiterado que esta procede también ante el pago deficitario del auxilio de cesantías como ocurrió en el caso bajo estudio, al no haberse tenido en cuenta para el efecto, el salario real devengado por el actor; así las cosas y determinada la procedencia de su pago, realizadas las operaciones aritméticas, se condenará al pago de dicha indemnización, en la suma de **\$110.238.804**, contabilizada hasta el 14 de febrero de 2017, como quiera que la obligación de consignar las cesantías de dicha anualidad, surgió a partir del 14 de febrero de 2018, data para la cual, la relación laboral, ya había culminado.

En cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, si bien se determinó su procedencia ante el actuar de mala de la empleadora del actor, lo cierto es que quedó suficientemente demostrado que dicha sociedad, Integral de Servicios Técnicos S.A.S., se encuentra en trámite de liquidación judicial, el que fue decretado por la Superintendencia de sociedades en audiencia celebrada el 26 de septiembre de 2017, ante el incumplimiento del acuerdo de reorganización al que estaba sometida dicha sociedad. A este respecto, la Sala Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL2805 de 2020, señaló que el límite de la indemnización bajo estudio corresponde a la fecha en que la sociedad fuera admitida en proceso de reorganización, así se pronunció en dicha oportunidad:

*Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo hasta el 17 de octubre de 2012, **fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014).***
(Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia y teniendo en cuenta que la liquidación de la sociedad, implica la extinción de esta, que como se señaló para el caso de la sociedad Integral de Servicios S.A.S., se decretó el 26 de septiembre de 2017 y la relación laboral del actor culminó con **posterioridad a dicha data**, esto es, el **24 de octubre de 2017**, es claro



que no se causó en su favor la indemnización bajo estudio, no habiendo lugar a emitir condena alguna respecto de esta.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada Integral de Servicios S.A.S., al pago a favor del demandante de la suma de **\$110.238.804**, por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado




LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .

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

PROCESO ORDINARIO No. 33-2018-102-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LAURA CONSUELO BENAVIDES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 8 de marzo de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades de seguridad social demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

La señora LAURA BENAVIDES BOHÓRQUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de traslado que realizara a través de Colfondos S.A., por cuanto fue una decisión desinformada, al no conocer los riesgos y consecuencias de dicho traslado; como consecuencia de ello, la AFP en mención, debe trasladar a Colpensiones todos los aportes por ella realizados junto con rendimientos, ordenándole a esta última actualizar su historia laboral reactivando su afiliación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis que nació el 15 de julio de 1962, que se afilió al ISS desde 1987 y estando afiliada a este, fue trasladada el 1 de agosto de 2005 a Colfondos S.A., que cuenta con 55 años de edad, que al momento de efectuar dicha afiliación, la AFP en mención no le brindó información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen pensional, no le indicó las ventajas y desventajas de tal decisión, que continúa afiliada con dicha AFP, que para diciembre de 2017, petitionó ante Colfondos los documentos soporte de la información brindada al momento del traslado, igualmente ante Colpensiones, solicitó la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS, la que fue negada y Colfondos, únicamente le proporcionó copia del formulario de afiliación e historia laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 4 y 8, negó los No. 3 y 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

COLFONDOS S.A., aceptó los hechos contenidos en numerales 4, 9 y 13, negó los No. 1, 3, 5 a 7 y respecto de los demás, manifestó no constarle, también



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

se opuso a la prosperidad de las pretensiones y como excepciones de fondo formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle ninguno de ellos, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR y con esto a la afiliación realizada a la Sra. LAURA CONSUELO BENAVIDES BOHORQUEZ, el 13 de enero de 1997.

SEGUNDO: DECLARAR que la Sra. LAURA CONSUELO BENAVIDES BOHORQUEZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 51.631.042,, se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual la Sra. LAURA CONSUELO BENAVIDES BOHORQUEZ a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, y cuotas de administración.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra. LAURA CONSUELO BENAVIDES BOHÓRQUEZ.

QUINTO: ORDENAR a AFP PORVENIR S.A., y AFP COLFONDOS, a realizar el traslado de las cuotas de administración, de manera proporcional por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada AFP y a cargo de su propio patrimonio. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que existía línea jurisprudencial en cuanto al tema de ineficacia de traslado de régimen pensional y los supuestos fácticos esbozados por la demandante, se enmarcaban dentro de dicha línea y por ello, eran aplicables a su caso, no pudiéndose aplicar la figura de la nulidad para resolver el caso bajo estudio, que aparecía una afiliación a Horizonte AFP, actualmente Porvenir en 1997, data para la cual, se encontraban vigentes los Decretos 656 de 1994, 633 de 1993, el Decreto 696 de 1994 y sobre el particular la CSJ había indicado que para esa primera etapa, cuando recién entró en vigencia la Ley 100 de 1993, las AFP estaban en la obligación de informarle al afiliado las características de ambos regímenes pensionales, los requisitos para acceder a las prestaciones de cada uno, para así lograr un consentimiento informado y si bien las demandadas señalaban que la demandante se encontraba en la facultad de buscar la información referente a su traslado, lo cierto era que ello no eximía a la AFP de la obligación de brindar dicha información de carácter técnico que había surgido con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Que igualmente se habían aportado los formularios de afiliación suscritos por la actora, los que no habían sido desconocidos o tachados por la misma y contenían sus datos personales como también los posibles beneficiarios en caso de muerte, documento con el que se probaba la afiliación a las AFP convocadas, más no que haya mediado para el efecto un consentimiento informado; en cuanto a la carga de la prueba, señaló que la AFP debía acreditar la gestión realizada para promover el traslado y conforme el artículo 167 del CGP, debía probar los supuestos de hecho la parte que en mejor condición estuviera de hacerlo y analizadas las pruebas aportadas, se podía concluir que ninguna daba cuenta de qué eventos habían rodeado un consentimiento informado, no acreditándose el suministro de la información vía documental de los elementos de juicio que rodearon dicho traslado y del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, señaló que la asesoría brindada fue de carácter grupal y al indagársele sobre las características del RAIS o una eventual reasesoría, negó haber recibido asesoría sobre tales aspectos y a pesar de que la actora no fuera beneficiaria del régimen de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

transición, ello no era un requisito para condicionar el suministro del deber de información.

En cuanto a los actos de relacionamiento, si bien se había probado que la actora se trasladó del RPM primero a Porvenir S.A., y luego a Colfondos, ello no ratificaba su voluntad de permanecer en el RAIS, ya que tal acto de relacionamiento, debía tener la virtud de haber sido informado y la publicación del retorno al RPM a través de un medio masivo, tampoco eximía de la obligatoriedad del suministro de información al afiliado considerado individualmente, debiendo declararse ineficaz el traslado de la demandante, siendo deber de Porvenir y Colfondos S.A., efectuar el traslado de los gastos de administración al RPM, esta última AFP junto con aportes y rendimientos.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó en su recurso que no había lugar a disponer el traslado de lo descontado por gastos de administración ya que ellos también estaban previstos para el RPM, no formaban parte integral de la pensión de vejez y por ello eran susceptibles de prescripción, que la demandante se había vinculado con Horizonte en 1997 y con Colpatria en 1998, entidades que fueron absorbidas por Porvenir S.A., en el año 2013 y conforme lo dispuesto en el artículo 278 del Cco., esa AFP adquirió unos bienes de Colpatria y por ello Porvenir no pudo recibir producto de esa fusión ni como activo ni como pasivo los gastos de administración de los afiliados a la AFP Horizonte.

Colpensiones indicó que no había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante, ya que con tal decisión se afectaba económicamente a esa entidad pues no se conocía si el ahorro efectuado por ella en el RAIS, alcanzaría a cubrir las prestaciones en el RPM, que respecto a la inversión de la carga de la prueba, había una desproporción probatoria al no ser viable que con la sola manifestación de la demandante de no haber recibido información, se diera por cierta y se le relevara de la carga de probar tal supuesto, ya que conforme el acervo probatorio y el interrogatorio de parte de la demandante,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

se concluía que había suscrito de manera libre y voluntaria formularios de afiliación al RAIS y había realizado aportes a lo largo del tiempo a dicho régimen, lo que llevaba a unos actos de relacionamiento también por los traslados horizontales que realizó, no manifestó inconformidad alguna tendiente a retornar al RPM, por lo que su voluntad era la de permanecer en el RAIS.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora LAURA BENAVIDES, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que quedó probado en el trámite procesal, tuvo lugar para el año de 1997 con Horizonte Pensiones y Cesantías que posteriormente fuera absorbida por fusión por parte de la AFP Porvenir, no ofreciendo reparo tampoco el traslado que efectuara el 20 de junio de 2005 a la AFP Colfondos, cuyo formulario fuera aportado por esta AFP y por la parte demandante.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Laura Benavides, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Horizonte AFP hoy Porvenir S.A., a la que se trasladó la demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose por ende considerar su traslado como libre y voluntario cuando no conocía las implicaciones de dicha decisión.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de la recurrente Colpensiones, según la cual, el formulario de afiliación resulta suficiente para dar por demostrado el consentimiento informado de la demandante, ya que como lo ha reiterado el organismo de cierre de esta jurisdicción, dicho formulario solo contiene datos generales del afiliado y no revela el suministro de información en los términos señalados por la CSJ.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.

Por otra parte y en cuanto al argumento de Porvenir S.A., esbozado en su recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara el juzgador de primer grado y **no son susceptibles del fenómeno prescriptivo** como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude la recurrente Colpensiones como sustento de su recurso, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose confirmar la declaratoria de ineficacia dispuesta en la decisión de primer grado.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33201800102-01 Dte: LAURA CONSUELO BENAVIDES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2020-001-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUCY VICTORIA DIAZGRANADOS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LEIDY CAROLINA FUENTES, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Colfondos y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de abril de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades de seguridad social demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

La señora LUCY DIAZGRANADOS RIASCOS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Porvenir S.A., incumplió con su deber legal de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; como consecuencia de tal declaración peticiona se declare nula e ineficaz dicha afiliación al RAIS y que se encuentra válidamente afiliada al RPM. Solicita se condene a Porvenir S.A., a registrar en su sistema la nulidad o ineficacia de dicha afiliación, a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital depositado en su CAI junto con rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que haya lugar, a Colpensiones a reactivar su afiliación y recibir los aportes objeto de traslado.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis señalando que nació el 10 de marzo de 1961, que inició a cotizar al ISS en el año 1989, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 29 de octubre de 1998, data para la cual contaba con 35 años de edad, que cotizó antes de dicho traslado 429 semanas al RPM y en la actualidad sus aportes son administrados por la AFP en mención, que para su traslado medio la visita de asesores de la entonces Horizonte S.A., indicándole que sus aportes en el ISS estarían en riesgo debido a la crisis económica por la atravesaba dicho instituto, quienes no desplegaron ninguna actividad tendiente al asesoramiento responsable y transparente, que no se le informó sobre los efectos y consecuencias de su traslado, ni se le ilustró respecto de las características de ambos regímenes.

Afirma que tampoco se le puso de presente la probabilidad que tendría de pensionarse en dicho régimen, cuál sería el monto de su posible mesada pensional, como tampoco que tenía derecho a retornar al RPM antes de los 47 años de edad, que Porvenir S.A., el 9 de octubre de 2018, le informó que el monto de su mesada pensional sería de \$929.300, que su IBL asciende a \$2.693.842. Indica por último que solicitó ante las AFP Porvenir y Colfondos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

S.A., en el 2018 la anulación de su traslado y a Colpensiones la reactivación de su afiliación , sin que ninguna solicitud fuera resuelta de manera positiva.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 4, 20 y negó el No. 24, manifestó no constarle los demás, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y como excepciones de fondo formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación al RAIS, compensación y pago.

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 21 y 27, negó el No. 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 3, 4, 6, 16, 19, 22 y 27 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la demandante al RAIS a través Porvenir S.A., ordenando trasladar a Colpensiones todos los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a las AFP Porvenir y COLFONDOS S.A., asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión o por los gastos de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administración durante el tiempo en que permaneció afiliada la actora a cada una de las AFP.

TERCERO: *CONDENAR a Colpensiones a volver a afiliar a la demandante al RPM y recibir todos los aportes que hubiese efectuado Porvenir S.A..*

CUARTO: *CONDENAR en costas a Porvenir S.A.*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que lo pretendido era la nulidad y/o ineficacia de traslado a los fondos Porvenir y Colfondos S.A., por falta al deber de información, a lo que las demandadas se habían opuesto indicando que le brindaron a la demandante la información referente a su traslado, esto es, sobre los aspectos generales del RAIS y que su traslado fue voluntario sin que tuviera lugar ningún vicio en el consentimiento en dicho acto. Indicó el juzgador que no se pretendía la aplicación de los efectos de las sentencias C 789 de 2002 o la C 1024 de 2004, ni en la SU 062 de 2010, conforme al formulario de afiliación aportado por la parte demandante y Porvenir S.A., la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual en octubre del año 1998.

Que en virtud de lo pretendido había lugar a aplicar la línea jurisprudencial en cuanto al deber de información en el traslado de régimen pensional proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que no se aplicaba de manera automática, sino que había lugar a estudiar el caso particular de la demandante, por lo que Porvenir S.A., en virtud de la inversión de la carga probatoria, tenía el deber de demostrar haberle brindado toda la información necesaria a la señora Umaña Duarte para que adoptara la decisión que le fuera más favorable, en cuanto al régimen al que quería estar afiliada, siendo esta la administradora la que promovió el traslado del RPM al RAIS, ya que tal afirmación de no recibir información correspondía a un supuesto negativo y así lo dijo dicha corporación en la sentencia SL4388 de julio de 2020, en la que reiteró que la distribución de las cargas de la prueba ha hecho tránsito a un esquema más flexible, basado en que quien tenga en su poder una prueba, se espera que la aporte y esté en el deber de allegar al juicio con mayor razón si ella le resulta favorable.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

La afiliación al régimen, entonces, conllevaba el derecho a la información y el de que se brinde un estudio integral, dándole a conocer a los afiliados las ventajas y desventajas, teniendo cuidado en no menoscabar los derechos a la seguridad social, y llegando incluso a poner de presente condiciones más desfavorables, así las sentencias 31988 y 31314 de 2008, reiterada posteriormente en la 33803 de 2011 y en la SL818 de 2021, se había indicado que la información debe comprender todas las etapas del proceso, las administradoras de pensiones entonces tienen el deber de darle al interesado una información completa y comprensible a la medida de la simetría, entre un experto y un afiliado lego en materias complejas como las pensiones, y esta información, insiste la Corte, se hace con la prudencia de quien sabe el alcance de que el potencial afiliado pueda tener, cuando se tratan de asuntos de consecuencias mayúsculas, para elegir el régimen en el cual debe de estar afiliado, el engaño entonces que se alega, es el deber de información en que incurrió la administradora en asunto neurálgico como lo es el derecho a pensión, insiste la Alta Corporación que dicho deber no se limita a la firma del formulario, ya que este no refleja el pleno conocimiento de las implicaciones del traslado de régimen.

Indicó conforme lo anterior que Porvenir entonces Horizonte AFP no había probado haber suministrado la información en los términos señalados a la demandante, aunado a ello, con la diferencia en la mesada pensional calculada en ambos regímenes se demostraba el perjuicio sufrido por la demandante con su traslado; habiéndose configurado ineficacia en la afiliación en los términos anotados por la Corte Suprema de Justicia; es así como al no haber probanza del deber de información por parte de las AFP convocadas, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación realizada por esta y frente a los efectos de dicha figura la Corte había indicado que su consecuencia era no producir efectos, no pudiéndose derivar ningún derecho entre la actora y la AFP demandada, que en cuanto a los actos de relacionamiento alegados por la demandada, si bien se había realizado por la actora un traslado horizontal, ninguna de las AFP demostró el suministro de la información en los términos anotados; debiendo entonces Porvenir asumir los gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demandante y efectuar el traslado de los aportes junto con rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones y las AFP demandadas, debían asumir con su propio patrimonio la disminución del valor en la mesada pensional de la demandante, debiendo Colpensiones recibir como afiliada al actora al régimen que administra.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones indicó que debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a las consecuencias de ineficacia de traslado de régimen, que el traslado de la demandante al RAIS, que la aplicación de dicha norma, debía hacerse íntegramente y cualquier daño que se ocasionara al afiliado por el incumplimiento de sus deberes, debía ser resarcido por estas, conforme la norma vigente para la época del traslado de la actora, que esa entidad había sido ajena en el acto de afiliación de la demandante y no se podía aplicar disposiciones posteriores en cuanto al deber de información, que en virtud las sentencias C – 1024 de 2004 y SU 062 de 2010, SU 130 de 2013, nadie podía resultar beneficiado de los aportes de otros afiliados, poniendo en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, conforme las sentencia T – 489 de 2010, ya que la demandante se beneficiaría de un ahorro comunitario al que no contribuyó.

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó en su recurso que si bien existía un precedente al respecto, este se debía aplicar de manera objetiva analizando las circunstancias de cada caso en concreto y para la época del traslado de la actora, no le asistía a esa AFP el deber de información, que conforme circular de la Superintendencia Financiera, la única exigencia para materializar el acto del traslado, era el formulario de afiliación como ocurrió en el caso de la actora, quien realizó 4 traslados de manera horizontal, que su traslado fue una decisión libre y voluntaria, ratificada con el paso del tiempo, que ante la existencia de algún vicio en el consentimiento este se había saneado y ratificado con los traslados realizados por la actora dentro del RAIS de manera personal y voluntaria.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Que conforme sentencia SL 1752 de 2020, se puso de presente que se debían tomar como actos de relacionamiento la suscripción de varios formularios por el afiliado en el RAIS, ratificando su deseo de permanecer en este, que esa AFP no falló en su deber de información y no se le puede obligar a aportar documentos no exigidos para la fecha de traslado de la demandante y no era factible la devolución de gastos de administración que también se descontaban en el RAIS, no forman parte de la pensión y por ello son objeto de prescripción, como también la Superintendencia Financiera había indicado que ante la ineficacia de traslado, los únicos emolumentos a devolver, deben ser las cotizaciones y rendimientos.

Colfondos S.A., recurrió señalando que no era procedente que esa AFP asumiera con su propio patrimonio una disminución en el capital de la pensión de la actora como tampoco que devolviera los gastos de administración, como quiera que los mismos eran un descuento autorizado por vía legal, tenían destinación específica para la administración e inversiones realizados por los fondos para generar rendimientos, que no se habían acreditado perjuicios para condena con su propio patrimonio, contrario a ello la gestión de esa AFP permitió generar rendimientos a sus aportes y los que fueron trasladados en su oportunidad a Porvenir S.A., destacándose que si hubiera realizado un traslado de régimen sin que mediara la declaratoria de ineficacia, sólo había lugar a devolver aportes y rendimientos conforme lo previsto en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y esa AFP trasladó todos los saldos que se encontraban en la CAI de la demandante cuando esta se afilió a Porvenir S.A.

Que de confirmarse la declaratoria de ineficacia, debía darse aplicación a la figura de restituciones mutuas, por cuanto la demandante no tendría derecho entonces a rendimientos y se ordenaba trasladar los mismos junto con gastos de administración, devolviéndose más de un 100% de lo que hubiese sido la cotización en el RPM.

CONSIDERACIONES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora LUCY DIAZGRANADOS, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Horizonte AFP, hoy Porvenir S.A., el 29 de octubre del 1998 como se verifica de copia de dicha documental allegada por la AFP en mención, no habiendo ofrecido reparo el traslado horizontal que la actora efectuara a Colfondos S.A., para retornar nuevamente a Porvenir S.A., en el año 2006.

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

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

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contario a lo señalado por Porvenir S.A. en su recurso y alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Lucy Diazgranados, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado proveniente del RPM en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada en mención, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable; no pudiéndose por ende considerar su traslado como libre y voluntario cuando no conocía las implicaciones de dicha decisión.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Colpensiones y Porvenir S.A., la línea



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de las administradoras a las cuales se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Por otra parte y en cuanto al argumento de las AFP recurrentes referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara el juzgador de primer grado y no son susceptibles del fenómeno prescriptivo como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude la recurrente Porvenir S.A., se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

Ahora bien, en cuanto a las restituciones que reclama Colfondos S.A., se tiene que para el presente no tiene cabida tal pedimento como quiera que observando la línea jurisprudencial a que se alude, el afiliado quien no recibió toda la información relevante a su traslado, no debe efectuar restitución alguna, no resultando aplicables los preceptos de la normatividad civil a la jurisdicción laboral.

En cuanto a la condena a asumir la disminución en capital para financiar la prestación económica que se llegue a reconocer a favor de la actora, se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

tiene que en este punto le asiste razón a Colfondos S.A., como quiera que no es dable condenar a las AFP a asumir merma alguna en el capital de una prestación cuyo estudio ni siquiera se ha efectuado, razón por la cual, se modificará el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que Colfondos S.A., únicamente debe efectuar el traslado de los gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la demandante a dicha AFP.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose confirmar la declaratoria de ineficacia dispuesta en la decisión de primer grado.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar que Colfondos S.A., únicamente debe efectuar el traslado de los gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la demandante a dicha AFP.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35201900001-01 Dte: LUCY VICTORIA DIAZ GRANADOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2020-241-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ANATOLIA UMAÑA DUARTE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de marzo de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ANATOLIA UMAÑA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Colfondos y Porvenir S.A., incumplieron su obligación de suministrar información veraz, completa y coherente al momento de la suscripción de formulario de afiliación, debiéndose declarar la nulidad de su afiliación al RAIS y que se encuentra válidamente afiliada al RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Porvenir S.A., registrar en sus sistema de información



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMANA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que su traslado al RAIS estuvo viciado de nulidad, lo propio respecto de Colfondos, ordenándole a esta, transferir a Colpensiones los recursos depositados en su CAI, junto con gastos de administración y a Colpensiones a reactivar su afiliación al RPM; en subsidio a la declaratoria de nulidad, solicita se declare ineficaz la afiliación al RAIS.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis señalando que nació el 12 de diciembre de 1968, contando a la fecha de presentación de la demandada con 51 años, que inició su vida laboral el 12 de julio de 1989 con Almacenes Éxito S.A., data desde la cual se vinculó al ISS como su administrador pensional, que para mayo de 2000, contaba con 304.29 semanas cotizadas a ese Instituto, data para la cual laboraba con la sociedad Misión Temporal Ltda., que en las instalaciones de dicha sociedad se acercaron asesores de Porvenir S.A., y el 10 de mayo de dicha anualidad firmó formulario de afiliación a esa AFP, lo que hizo como consecuencia de la ausencia de información clara, objetiva, veraz y suficiente que le permitiera establecer los alcances de su decisión de traslado; contrario a ello, se le indicó que el ISS atravesaba crisis financiera y no podría asumir el pago de su derecho pensional, que no se le indicaron las consecuencias negativas de dicha decisión, como tampoco se le pusieron de presente los escenarios pensionales en uno u otro régimen en su caso en particular, ni se le informó el capital que debía reunir para tener derecho a pensión en ese régimen y la posibilidad de hacer aportes voluntarios para alcanzar una mesada pensional de un valor equivalente a la del RPM.

Refiere que tampoco se le informó la destinación de la cotización en el RAIS, que para el año 2002, igualmente fue abordada en su sitio de trabajo por asesores de la AFP Colfondos S.A., quienes incurrieron en la misma omisión de información que la AFP Porvenir S.A., sin señalarle tampoco respecto de la prohibición de traslado prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que Colfondos S.A., es su actual administradora pensional y el 23 de enero de 2020, solicitó ante Colpensiones la anulación de su afiliación al RAIS y la reactivación de la misma en el RPM, lo propio hizo ante Porvenir y Colfondos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMANA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

S.A., a quienes les solicitó copia de formulario de afiliación por ella suscrito, que las demandadas negaron su solicitud y Colfondos le informó que a los 57 años, no podría acceder a derecho pensional por cuanto el capital depositado en su CAI no era suficiente para el efecto, debiendo completar el capital para acceder a dicha prestación, lo que se torna imposible para ella atendiendo a su situación económica, que posteriormente esa AFP le informa que podrá acceder a una pensión a los 73 años de edad en cuantía de \$1.039.284., cuantía que resulta ínfima ya que para dicha data, habrá cotizado más de 1900 semanas y tampoco obedece al promedio de ingresos que ha tenido en su vida laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 5, 51 y 75 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar el RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, no aceptó ninguno de ellos, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

COLFONDOS S.A., aceptó el hecho contenido en numeral 50 y respecto de los demás los negó o manifestó no constarle, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones y como excepciones de fondo formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMANA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la demandante al RAIS a través Porvenir S.A., ordenando a COLFONDOS AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con rendimientos.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir y COLFONDOS S.A., asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración durante el tiempo en que permaneció afiliada la actora a cada una de las AFP.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a volver a afiliarse a la demandante al RPM y recibir todos los aportes objeto de traslado.

CUARTO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que lo pretendido era la nulidad y/o ineficacia de traslado a los fondos Porvenir y Colfondos S.A., por falta al deber de información, a lo que las demandadas se habían opuesto indicando que le brindaron a la demandante la información referente a su traslado, esto es, sobre los aspectos generales del RAIS y que su traslado fue voluntario sin que tuviera lugar ningún vicio en el consentimiento en dicho acto. Indicó el juzgador que no se pretendía la aplicación de los efectos de las sentencias C 789 de 2002 o la C 1024 de 2004, ni en la SU 062 de 2010, conforme al formulario de afiliación aportado por la parte demandante y Porvenir S.A., la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual en mayo del año 2000.

Que en virtud de lo pretendido había lugar a aplicar la línea jurisprudencial en cuanto al deber de información en el traslado de régimen pensional proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que no se aplicaba de manera automática, sino que había lugar a estudiar el caso particular de la demandante, por lo que Porvenir S.A., en virtud de la inversión de la carga probatoria, tenía el deber de demostrar haberle



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMAÑA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

brindado toda la información necesaria a la señora Umaña Duarte para que adoptara la decisión que le fuera más favorable, en cuanto al régimen al que quería estar afiliada, siendo esta la administradora la que promovió el traslado del RPM al RAIS, ya que tal afirmación de no recibir información correspondía a un supuesto negativo y así lo dijo dicha corporación en la sentencia 2753 de julio de 2021, en la que reiteró que la distribución de las cargas de la prueba ha hecho tránsito a un esquema más flexible, basado en que quien tenga en su poder una prueba, se espera que la aporte y esté en el deber de allegar al juicio con mayor razón si ella le resulta favorable.

La afiliación al régimen, entonces, conllevaba el derecho a la información y el de que se brinde un estudio integral, dándole a conocer a los afiliados las ventajas y desventajas, teniendo cuidado en no menoscabar los derechos a la seguridad social, y llegando incluso a poner de presente condiciones más desfavorables, así las sentencias 31988 y 31314 de 2008, reiterada posteriormente en la 33803 de 2011 y en la SL818 de 2021, se había indicado que la información debe comprender todas las etapas del proceso, las administradoras de pensiones entonces tienen el deber de darle al interesado una información completa y comprensible a la medida de la simetría, entre un experto y un afiliado lego en materias complejas como las pensiones, y esta información, insiste la Corte, se hace con la prudencia de quien sabe el alcance de que el potencial afiliado pueda tener, cuando se tratan de asuntos de consecuencias mayúsculas, para elegir el régimen en el cual debe de estar afiliado, el engaño entonces que se alega, es el deber de información en que incurrió la administradora en asunto neurálgico como lo es el derecho a pensión, insiste la Alta Corporación que dicho deber no se limita a la firma del formulario, ya que este no refleja el pleno conocimiento de las implicaciones del traslado de régimen.

Indicó conforme lo anterior que Porvenir no había probado haber suministrado la información en los términos señalados a la demandante, concluyéndose que la misma no había contado con la información relevante al respecto; habiéndose configurado ineficacia en la afiliación en los términos anotados por la Corte Suprema de Justicia; es así como al no haber



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMANA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

probanza del deber de información por parte de las AFP convocadas, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación realizada por esta y frente a los efectos de dicha figura la Corte había indicado que su consecuencia era no producir efectos, no pudiéndose derivar ningún derecho entre la actora y la AFP demandada, que en cuanto a los actos de relacionamiento alegados por la demandada, si bien se había realizado por la actora un traslado horizontal, ninguna de las AFP demostró el suministro de la información en los términos anotados; debiendo entonces Porvenir asumir los gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la demandante y efectuar el traslado de los aportes junto con rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones y las AFP demandadas, debían asumir con su propio patrimonio la disminución del valor en la mesada pensional de la demandante, debiendo Colpensiones recibir como afiliado al actor al régimen que administra.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones indicó que debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a las consecuencias de ineficacia de traslado de régimen, que el traslado de la demandante al RAIS, había sido libre y voluntario y aceptar el retorno de la actora al RPM, ponía en riesgo la sostenibilidad financiera de ese régimen como lo indicaban las sentencia C – 1024 de 2004 y SU 062 de 2010, SU 130 de 2013, la que en materia de traslado había indicado que nadie podía resultar beneficiado de los aportes de otros afiliados, que no había quedado demostrada la ocurrencia de algún perjuicio sufrido por la actora con su traslado al RAIS y los traslados horizontales ratificaban la voluntad de la actora de permanecer en el RAIS, que de confirmarse la sentencia se le autorice a esa entidad a reclamar los perjuicios sufridos.

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó en su recurso que el despacho no había valorado que el consentimiento informado de la demandante se expresaba en el formulario de afiliación que no había sido tachado de falso y que era el exigido por la Ley 100 de 1993 para la época, siendo la actora una persona capaz de obligarse, que Porvenir siempre le garantizó el derecho de retracto,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMAÑA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afirmación que se prueba con la publicación en el diario el tiempo, sin que la demandante hubiera ejercido su derecho, cuestión que no se había valorado como negligencia de su parte.

Señaló que la declaratoria de ineficacia desconocía el principio de autonomía de la voluntad privada de la demandante y no procedía la condena por concepto de devolución de gastos de administración pues en el RPM también existía la destinación para tal concepto y al no formar parte de la pensión, estos resultaban afectados del fenómeno prescriptivo, configurándose también un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que la Ley 100 de 1993, señalaba de manera clara los conceptos que debían ser objeto de traslado ante un cambio de régimen, como lo eran las cotizaciones y rendimientos, por lo que pertenecían al fondo privado como contraprestación a su labor de administración de aportes. Que debía ordenarse a la demandante a restituir los frutos que le habían sido consignados en su CAI por concepto de restituciones mutuas como lo indicaba la legislación civil.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora ANATOLIA UMAÑA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 10 de mayo del 2000 como se verifica de copia de dicha documental allegada por la parte demandante y la AFP en mención, no habiendo ofrecido reparo el traslado horizontal que la actora efectuara a Colfondos S.A., el 14 de marzo de 2002 y cuyo formulario también reposa en el plenario digital.

En este orden, la figura de la ineficacia, ha sido objeto de estudio por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha indicado respecto de dicha figura en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; que la responsabilidad de las administradoras de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMAÑA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en su recurso, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Anatolia Umaña, se le hubiera brindado alguna información o



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMANA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., a la que se trasladó la demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose por ende considerar su traslado como libre y voluntario cuando no conocía las implicaciones de dicha decisión.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMANA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de la recurrente Porvenir S.A., según la cual, el formulario de afiliación resulta suficiente para dar por demostrado el consentimiento informado de la demandante, ya que como lo ha reiterado el organismo de cierre de esta jurisdicción, dicho formulario solo contiene datos generales del afiliado y no revela el suministro de información en los términos señalados por la CSJ.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMANA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por otra parte y en cuanto al argumento de Porvenir S.A., esbozado en su recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara el juzgador de primer grado y no son susceptibles del fenómeno prescriptivo como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude la recurrente Colpensiones como sustento de su recurso, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

Ahora bien, en cuanto a las restituciones que reclama Porvenir S.A., se tiene que para el presente no tiene cabida tal pedimento como quiera que observando la línea jurisprudencial a que se alude, el afiliado quien no recibió toda la información relevante a su traslado, no debe efectuar restitución alguna, no resultando aplicables los preceptos de la normatividad civil a la jurisdicción laboral.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMANA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose confirmar la declaratoria de ineficacia dispuesta en la decisión de primer grado.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 35202000241-01 Dte: ANATOLIA UMANA DUARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,

A stylized, cursive signature in black ink, consisting of a large loop at the top and a horizontal line extending to the right.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

A stylized, cursive signature in black ink, featuring a large 'M' and 'S' with a horizontal line in the middle.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

A stylized, cursive signature in black ink, featuring a large 'L' and 'R' with a horizontal line in the middle.

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

**PROCESO ORDINARIO No. 37-2020-64-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIA LETICIA VARGAS PEREZ
DEMANDADO: FULLER MANTENIMIENTO SA**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés; previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente,

AUTO

Previo a resolver el fondo del asunto, se tiene que la parte demandada allega documental a la que denomina *prueba sobreviviente* contentiva de auto emitido por la Superintendencia de Sociedades mediante el cual se solicita al grupo de insolvencia de esa entidad, admitir en proceso liquidación a la sociedad demandada; sobre el particular se tiene que se allega tal documental, sin que se realice solicitud formal de decreto de prueba, no obstante, la misma no cumple con los requisitos señalados en el artículo 83 del CPTSS, para otorgarle dicho valor probatorio en esta instancia, razón por la cual, **no se tendrá** en cuenta para resolver lo pertinente a esta Corporación .

SENTENCIA

ALEGACIONES

Dentro del término concedido en providencia anterior, fueron recepcionadas alegaciones por parte de la demandada.



PRETENSIONES

La señora **MARIA LETICIA VARGAS PEREZ** por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral, contra **FULLER MANTENIMIENTO SA** para que mediante un proceso ordinario laboral de primera instancia se declare que existió un contrato de trabajo desde el 1 de enero de 2008 hasta el 17 de septiembre de 2018, el cual se terminó por justa causa atribuible al empleador, dado la falta de pago de salarios y aportes a seguridad social. En consecuencia, solicita el pago de prestaciones sociales, intereses a las cesantías, aportes a seguridad social, vacaciones, indemnización del artículo 64 del CST, indemnización del artículo 65 del mismo ordenamiento y la consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990. (Expediente Digitalizado).

Como fundamento de sus pretensiones señaló que la demandante, se vinculó al servicio de la demandada, por contrato de trabajo fijo a un año, que el cargo para el cual fue contratada fue “ASEADOR GENERAL”. Que su último salario correspondía a \$781,242, más auxilio de transporte \$88,211. Que laboró desde el 1 de enero de 2008 hasta el 17 de septiembre de 2018, Que el contrato fue terminado sin justa causa por el trabajador al haberse incumplido por parte del empleador el pago de salarios y aportes a seguridad social; que se adeudan salarios, prestaciones, aportes, vacaciones, intereses a las cesantías y las indemnizaciones reclamadas. (Expediente Digitalizado)

La demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones afirmando que ya realizó varios pagos y que no existe mala fe y que el contrato terminó por iniciativa del trabajador. En cuanto a los hechos aceptó los relativos al contrato negó en su mayoría los demás, afirmando que, aunque si hubo alguna mora se han hecho los pagos y que la omisión obedeció a la crisis administrativa y financiera de la empresa. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y de causa en la parte actora, pago y compensación, buena fe. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el seis (6) de abril dos mil veintidós (2022), por medio de la cual RESOLVIÓ:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante MARIA LETICIA VARGAS PEREZ y la demandada FULLER MANTENIMIENTO S.A. existió un contrato de trabajo a término fijo a un año, que se ejecutó desde el 01 de enero de 2008 hasta el 17 de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

septiembre de 2018, con un salario equivalente al SMMLV. Vínculo que finalizó por terminación unilateral del empleador con justa causa ello de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FULLER MANTENIMIENTO S.A. a reconocer y pagar a favor de la demandante señora MARIA LETICIA VARGAS PEREZ por los siguientes conceptos: a) La suma de \$2.708.305 por concepto de indemnización por despido. b) La suma de \$613.447 por concepto de auxilio de cesantías. c) La suma de \$51.939 por concepto de intereses sobre las cesantías. d) La suma de \$275.605 por concepto de vacaciones. e) La suma de \$613.447 por concepto de prima de servicios. f) Por la suma diaria de \$26.041 a partir del 18 de septiembre de 2018 hasta que se realice el pago de los salarios adeudados y las prestaciones sociales objeto de condena, por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T.

TERCERO: CONDENAR a la demandada FULLER MANTENIMIENTO S.A. a efectuar el pago de los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en pensiones a favor de la demandante señora MARIA LETICIA VARGAS PÉREZ, por el periodo comprendido desde el 01 de julio al 17 de septiembre de 2018 conforme a un IBC equivalente a un (1) SMLMV, para lo cual se otorga una vez ejecutoriada la decisión un término de 15 días hábiles para que solicite la correspondiente liquidación ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Una vez se obtenga se le concederá un término igual para que realice el pago efectivo ante dicha entidad de conformidad con la liquidación que se expida para ello.

CUARTO: ABSOLVER a la empresa demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la empresa demandada.

SEXTO: COSTAS a cargo de la empresa demandada FULLER MANTENIMIENTO S.A. para tal efecto fijo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV....”

Para llegar a la decisión que hoy revisa la Sala el Juez de primer grado, en síntesis expresó: “.....Advierto que en el presente asunto no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo a término definido de un año el cual se ejecutó en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 17 de septiembre del año 2018 con un salario equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente; por virtud del cual, la demandante se desempeñó como aseo general, situaciones fácticas estas que fueron aceptadas por la llamada a juicio y que se circunscriben como premisas fácticas relevantes para el estudio de los problemas jurídicos subsiguientes derivados de la existencia del contrato de trabajo; para ello entonces procedo al estudio del reconocimiento y pago de las acreencias laborales solicitadas en el libelo introductorio. Como lo indiqué ya establecida la existencia del contrato de trabajo, su modalidad temporal y su duración determinada, se procede a resolver sobre la procedencia y pago, finalmente de los salarios adeudados, al efecto se afirmó en el libelo Introductorio que la empresa demandada le adeuda a la demandante los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre del año 2018; frente a esa obligación, la empresa demandada indica que realizó pagos parciales a la demandante a través de transferencias bancarias las cuales si bien aclara en los alegatos de conclusión que correspondieron al Banco de Bogotá y no al BBVA, debo advertir de dicha solicitud, que no fue elevada en la debida oportunidad procesal advirtiendo que la definición en este asunto se realizará a través de las herramientas procesales y sustanciales con las cuales se encuentra en la jurisdicción y tal como se advirtió también en el momento de cerrar el debate probatorio. Al efecto advierto en esos términos que en este asunto se realizó frente al pago de las obligaciones derivadas de los salarios insolutos una



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

afirmación indefinida, la cual conforme del artículo 167 del CGP no requiere prueba, puesto que ante ello le corresponde a la parte contra quién se opone demostrar lo contrario. Así las cosas, auscultado el material probatorio durante el proceso se advierte que parte demandada acreditó a través de prueba documental haber consignado a la demandante los días 12 de junio y el 12 de julio del año 2018 respectivamente la cifra de \$806.953, valores que se corresponden con los contenidos en los comprobantes de nómina aportados al plenario, visibles a folios 80 a 84, adicional a ello, con posterioridad a la finalización de la relación laboral, se aprecia que se realizaron pagos por la suma de \$806.953 el día 26 de octubre del 2018, folio 128 y el 18 de febrero del año 2019 por la suma de \$457.274, valores estos que arrojan la suma total de \$1.264.227 pesos, que serán imputados entonces como pago a la obligación de la empresa demandada, advierto que los aludidos documentos gozan de autenticidad en los términos que trata el artículo 54A del CPTSS, que permiten concluir el pago realizado, ello sumado al hecho de que no fueron desconocidos los aludidos documentos, ni tampoco tachados de falso, por lo que se les asignará plena credibilidad en la demostración del pago parcial de las obligaciones laborales; por lo tanto efectuadas las operaciones aritméticas según liquidación que se incorporará como parte integral de la decisión, se determina un valor total inicialmente frente a los meses de mayo hasta lo laborado en el mes de septiembre de 2018, la suma de \$1.738.906, ello excluyendo el mes de junio y de julio, de los cuales advierto que se evidencia el pago en los términos antes indicados. Respecto del valor obtenido, también se realiza una deducción del pago realizado con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo que arrojó la suma de \$1.274.227 y se determina entonces una diferencia por este concepto por la suma de \$474.679, valor respecto del cual se impartirá condena en contra de la empresa demandada. Procedo al estudio de la liquidación final de prestaciones sociales causadas en vigencia del último periodo laborado en el año 2018, el cual advierto que no se evidencia acreditación de su pago, puesto que si bien fue aportada por ambas partes de la liquidación realizada al parecer por la empresa que arroja un valor por la suma de \$1.501.824, lo cierto es que no puede concluirse de los elementos probatorios, medio de juicio que demuestre o permita demostrar efectivamente el pago de dicho valor reconocido; al efecto los documentos aportados no se logra acreditar que dicho valor hubiera sido pagado a la demandante con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, sumado al hecho de que totalizada liquidación realizada por parte del despacho arroja una pequeña diferencia en su momento, pues la realizada determinó un valor de deuda por la suma de \$1.554.438. En ese orden de ideas no acreditado el pago se impartirá condena a la empresa demandada en los términos de la liquidación realizada por el despacho. Así: por concepto de auxilio de cesantías, la suma de \$613.447, por concepto de intereses sobre las cesantías la suma de \$51.939, por concepto de vacaciones la suma de \$275.605 y por concepto de prima de servicio en la suma de \$613.447. Procedo al estudio de la indemnización por despido; para ello advierto que lo pretendido por la parte demandante es acreditar que la decisión de finalizar la relación contractual se produjo en razón a causas imputables a su empleador, lo que da lugar a la procedencia de la indemnización por despido indirecto, pues lo que se alega o que lo que se imputa es la falta de cumplimiento de las obligaciones laborales a cargo de su empleador. En este asunto particular se acreditó por la parte actora la carta de renuncia visible a folio 36 del plenario, donde puso de presente que toma la decisión en razón al incumplimiento del pago de parafiscales y sueldos; frente a ello de las causales invocadas en el documento, la demandada en la contestación afirma que si bien se realizaron unos pagos parciales respecto de los mismos, advierto que efectivamente se presenta una mora en el momento en que se realizó el escrito de la renuncia para la terminación de la relación laboral, incluso los valores que fueron imputados en el estudio, de los conceptos anteriores fueron realizados con posterioridad a la vigencia de la relación laboral, lo que permite evidenciar que sí se



presentó un incumplimiento en el pago de salarios, el mismo se derivó en la vigencia del año 2018, independiente de los pagos parciales que se realizaron, lo que permite concluir un incumplimiento en las obligaciones por parte del empleador, siendo válidas las razones expuestas en la carta de renuncia presentada por la parte actora, sustentándose así el reconocimiento de la indemnización por despido por calificarse las causas invocadas como imputables a la omisión de las obligaciones legales por parte de su empleador, dicho lo anterior y de acuerdo a la modalidad del contrato temporal celebrado entre las partes y también con base en el salario devengado se establece el valor de la indemnización por despido en la suma de \$2.708.305.60. Procedo al estudio de la indemnización moratoria y sanción por no consignación del auxilio de cesantías, sanciones contempladas en el artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 del año 1990, estas dos indemnizaciones por detentar el ordenamiento jurídico la naturaleza de sanción, no aplican de manera objetiva ni automática en el ordenamiento jurídico y por el contrario, es obligatorio proceder al estudio del comportamiento asumido por el empleador para determinar si existen situaciones atendibles que llegarán a justificar el incumplimiento y que lo envuelvan en el terreno de la buena fe, pues de ser así se exoneraría de dichas obligaciones, para ello entonces advierto que inicialmente con la indemnización moratoria en el presente proceso ya fue definida en procedencia, incluso admitido por la demandada en su contestación, que a la demandante se le adeudan acreencias laborales que causó en vigencia del vínculo laboral y que no fueron reconocidos a partir de su terminación; para justificar esa situación, la parte demandada presenta como argumentos la difícil situación financiera que atraviesa la empresa, sumado a los efectos del aislamiento obligatorio causado por la emergencia sanitaria como consecuencia de la pandemia por el COVID-19. **Frente a esas dos razones, advierto que en cuanto a la difícil crisis financiera, se tiene que esta corresponde a una afirmación sin soporte probatorio ni justificativo frente a la situación particular, pues al efecto no se ofrece en la contestación una explicación adecuada de las particularidades pertinentes que permitan entender por qué inició o qué razón la causó para establecer si se corresponden a situaciones que puedan llegar a calificarse como caso fortuito o fuerza mayor, como se alegó en la contestación de la demanda, sin estos elementos de juicio no puedo encontrar acreditadas las razones en que funda la crisis financiera que atraviesa la empresa y las razones fundantes como elementos relevantes para acreditar la configuración de caso fortuito del artículo 1604 del Código Civil, en ese orden de ideas no puedo atender de manera favorable los argumentos presentados por la empresa demandada, que permiten colegir desde el análisis particular y fáctico del proceso una razón objetiva para no asumir sus obligaciones legales, por lo menos dicho aspecto queda desprovisto de acreditación probatoria y no se corresponde que deba ser presumido en la fase judicial; al efecto el artículo 28 del CST establece que el trabajador no asume los riesgos o pérdidas de la empresa, por lo tanto, en el presente asunto se impone en la aplicación de este principio en virtud de las razones ya expuestas y la deficiencia probatoria en la razón alegada por la empresa demandada, sin que pueda ser admisible su justificación en razón a los efectos del aislamiento obligatorio razón a que dicha situación ocurrió con posterioridad a la terminación de la relación laboral de la demandante; además, no puede constituirse dicho argumento como una causal objetiva que impida u obstaculice el pago de la obligación, por lo tanto, no es solo indicar su afectación sino acreditar cómo se vio afectada por dicha situación de emergencia. Lo anterior bajo el supuesto de que no todas las actividades quedaron vedadas de la prestación del servicio en ese periodo, entre ellas varias de las realizadas por la empresa demandada, pues del análisis de su objeto social, en concordancia con las actividades permitidas en el decreto 457 de 2020, como lo fue el servicio de empresas que prestan servicio de limpieza y**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

aseo en edificaciones públicas, zonas comunes de edificaciones y las edificaciones en las que se desarrollen las actividades de que trata el presente artículo, ello, de acuerdo al numeral 24 artículo 3 del citado Decreto, pues entre ellas contempló las actividades de salud, como lo era el servicio a estas entidades, que corresponde a un objeto social propio de la empresa y que, por el contrario no permite asumir dicha situación de manera objetiva; en ese orden de ideas no puede entenderse el aislamiento obligatorio como una causa objetiva que excusa no pago las obligaciones, por el contrario su afectación debe realizarse desde el análisis de cada caso individual a la luz del material probatorio, pues no puede entenderse de manera errada como una presunción que debe asumirse del plano judicial, por lo que le corresponde acreditarlo a la parte quien alega su causación como razón justificativa. Así las cosas, no acreditada la afectación que generó el aislamiento obligatorio, no se constituyen razón justificativa para eximir a la empresa de la imposición de la indemnización moratoria, por lo que se fulminará condena por concepto de dicha indemnización para tal efecto en los términos del artículo 65 del CST, se condenará a la empresa demandada a reconocer y pagar a favor de la demandante la suma diaria de \$26.031, calculados desde el 18 de septiembre del año 2018 hasta que se realice el pago efectivo de los salarios adeudados y las prestaciones sociales que fueron objeto de condena; de hecho, dicha condena no tendrá limitación en el tiempo en virtud del salario devengado por la actora, conforme lo establece el parágrafo 2 del aludido artículo. Definido lo anterior y frente a la sanción por la consignación de las cesantías en los senos del artículo 99 de la Ley 50 del año 1990, advierto que, en los términos indicados en el libelo introductorio, su reconocimiento se fija al frente a la no consignación del periodo correspondiente al año 2018; sin embargo, a la luz del mismo artículo 99 de la Ley 50 de 1990, finalizada la relación laboral con anterioridad a la fecha en que debe realizar la consignación, se autoriza para entregar su valor en efectivo sin que se realice consignación, teniendo en cuenta la finalización de la relación laboral el día 17 de septiembre del año 2018, considero que los efectos de la misma ya quedan subsumidos en el reconocimiento de la indemnización anterior y en virtud de ello, impartiré absolución por este concepto. Frente a los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones que se solicita, no existe duda respecto a la existencia de la relación laboral, en ese orden de ideas procederé de manera concreta al estudio de los periodos que señala la parte demandante, que no ha sido acreditado en su historia laboral. Para ello, del análisis de la historia laboral aportada por Colpensiones en virtud de la cual se evidencia la empresa hoy demandada, realizó cotizaciones hasta el mes de junio de 2018, no evidenciándose el pago de meses posteriores; al efecto, allí obra ha acreditado y pagados los periodos correspondientes del mes de marzo a junio de 2018, tal como se puede ver de manera detallada en el detalle de dicho documento, visible a folio 32, que permiten colegir de los mismos se advierten pagados e imputados al periodo correspondiente; en ese orden de ideas, frente a ellos, no se impartirá condena. No ocurre lo mismo frente al periodo comprendido del 1 de julio al 17 de septiembre del año 2018, razón por la cual se impartirán condena frente a estos periodos; para tal efecto se tendrá en cuenta un IBC equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente; para el cumplimiento de esta obligación de hacer, se le concede una vez en firme la decisión, a la entidad demandada, un término de 15 días hábiles para que solicite la liquidación pertinente para el reconocimiento y pago de los valores adeudados, una vez obtenga dicha liquidación, se le concederá un término igual para que realice el pago efectivo ante dicha administradora de pensiones. Frente a la excepción de prescripción, no hay lugar a declararla de manera favorable teniendo en cuenta que la exigibilidad de los derechos aquí determinados era a partir del día 17 de septiembre del año 2018, sin que hubieran transcurrido el término trienal contemplado en el artículo 488 del CST, previo a la presentación de la demanda. Así las cosas, se declarará no probada esta excepción, al igual que las demás propuestas...”



Inconforme con esta decisión la apoderada dela demandada interpuso recurso así: *“...Interpongo recurso de apelación en contra del contenido del literal F, numeral segundo, donde se condena la indemnización moratoria por \$26.041 diarios desde el 28 de septiembre de 2018 hasta la fecha de pago, en el entendido señor juez, que no estoy de acuerdo con la sanción impuesta a la empresa teniendo en cuenta que, si bien durante la contestación de la demanda no se aportó la totalidad de los documentos que permitieran acreditar las falencias económicas que estaba presentando la compañía, en el memorial de las pruebas que aporté con el memorial del informe de la revisoría fiscal de Antares, de ese informe se puede ver que a diciembre de 2018 la empresa ya venía con pérdidas acumuladas de más de 600 millones de pesos; sin embargo, la sociedad trató o los actuales socios de la compañía trataron de mantener contratos, reformar contratos que estaban derivando única y exclusivamente en pérdidas para la empresa, esto es decir, habían hospitales que manejaban contratos ajustados al salario del 2017 y cuando se fue a hacer el reajuste, no permitieron, al contrario, exigían más cosas, pero no permitían las modificaciones; tal vez en el momento oportuno no se hizo precisión de eso, en la pandemia, pues si bien había muchos hospitales, había ciertos negocios o establecimientos que permitían tener acceso, permitían tener apertura, ya muchos contratos con centros médicos estaban finalizados, ya la empresa venía soportando vuelvo y repito desde el 2018 pérdidas de más de 600 millones de pesos, por más de que se trató de ajustar salarios terminaron algunos contratos, la empresa fue abonando, fue haciendo pagos parciales a medida que fue teniendo flujo de caja; entonces no es de decir que no se acreditó, no se acreditaron las pérdidas o la causa que venía demostrando déficit de la compañía, a consecuencia de ello y con el poco flujo que generaba la empresa con los pocos contratos que estaban generando, la empresa fue haciendo abonos parciales que no es lo más lógico porque la gente no trabaja de manera parcial, sino trabaja para devengar su salario total. La crisis de la compañía no permitía hacerlo así, se estaban cancelando salarios de más de 2000 empleados, con nóminas o con contratos que primero había que darle prioridad a los que estaban trabajando ahí y no quedaban muchos ingresos, razón por la cual no se puede decir que la compañía actuó de mala fe porque no se demostró, porque a lo largo y se vino expresando, si bien es cierto no es dable decir que se hicieron abonos parciales, ello demuestra que la compañía no tenía intención de omitir los pagos, contrario a ello nunca desconoció los derechos laborales, ni las acreencias que derivaron para sus empleados, en su momento trató de hacer acuerdos con algunas personas, los acuerdos en su medida se cumplieron y vuelvo y repito se fueron haciendo algunos abonos parciales. Entonces eso permite acreditar que la empresa sí estaba actuando de buena fe en razón del cumplimiento de las obligaciones que venía derivándose de administración y de socios anteriores. Razón por la cual solicito al Tribunal se revoque esta sanción impuesta contenida en el literal F del Numeral segundo y de esa forma pues se proceda, porque está de más que demostrado que la empresa no actuó de mala fe para ser merecedor de esa sanción....”*

CONSIDERACIONES

La sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S y en consecuencia solo resolverá el tema relativo a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, contenida en el literal f del numeral segundo de la



sentencia; advirtiéndole desde ya que la sentencia será CONFRIMADA. Veamos las razones.

De conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales respecto de la indemnización moratoria, que : i) **Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer;** ii) **en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que, si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago;** iii) **puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y;** iv) **en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.**

En el presente asunto efectivamente, como señaló el Juez existió mora, no solo en el pago de las prestaciones sociales, sino en el pago de salarios; desde antes incluso a la situación de emergencia generada por el COVID 19, esto es desde 2018, luego esta situación no puede eximir de los pagos a cargo del empleador.

Es el salario, el que garantiza el sustento del trabajador y su familia, de manera que la omisión en el pago del mismo no puede sustentarse, en una crisis financiera, que la parte demandada, solo soporta; como afirma en el recurso, en un informe de revisoría fiscal que según lo afirmado da fe de pérdidas por 600 millones que asegura desde 2017 y por razones diversas como pérdida de contratos, que por demás se dieron en pandemia, es decir después de la finalización del contrato.

Ahora, como bien resalta la Sala es el empleador quien ostenta la carga de probar situaciones que irradian buena fe; lo cual en este caso no aparece acreditado, contrario a lo afirmado por la recurrente, pues el solo hacer pagos parciales, no lo es, sin que tampoco deba probarse la mala fe como equivocadamente se afirma en el recurso, se itera, sencillamente porque es el obligado este es el empleador, quien debe acreditar que actuó de buena fe.

Y es que no basta que el empleador haya informado un estado de crisis, o que haya intentado soluciones, pues definitivamente estas, solo estaban a su cargo ya que como



también acertadamente señaló el Juez, es la ley la que en el artículo 28 del C S T consagra; como este puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas.**

Se itera se equivoca el recurrente cuando afirma que se no se demostró la mala fe, porque en este caso sucede que, al tratarse de derechos de orden público, del mínimo de derechos y garantías que consagra la legislación en beneficio de los trabajadores, la buena fe no se presume y como ya se indicó sin que sobre reiterarlo una vez más, en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian buena fe en su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.

Ese ha sido el criterio constante de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia SL 845 de febrero 17 de 2021, siendo ponente la Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, vuelve a expresar

“(…)

*Por anticipado, se advierte que la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adocctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, **dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.***

*Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, **la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades**, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.*

*Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. **De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente...***

De manera que no basta, con afirmar pérdidas millonarias, ni menos aún que esta situación se acredite con un informe de revisoría fiscal, sino que es necesario demostrar no solo que su iliquidez obedece a un hecho de fuerza mayor, imprevisible,



evitable de otra manera, sino además que hizo todo cuanto estuvo a su alcance para cumplir con derechos tan fundamentales, como los derivados del contrato de trabajo, siendo primordial y básico el pago de salarios.

No sobra agregar que la CSJ, al respecto, en muchas ocasiones ha expresado, como las debacles financieras de los propietarios de los medios de producción, son en muchas ocasiones, consecuencia de otras conductas; tan solo para determinar que solo las crisis inevitables y que no respondan a esas circunstancias podrían exonerar de la sanción moratoria y para ello bien vale la pena recordar una vez más esos pronunciamientos:

“(…)

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

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393.)

Finalmente conviene reiterar que no encuentra la Sala suficiente para exonerar en este caso de sanción moratoria a la demandada; sus solas afirmaciones; pues esta surge de una omisión de tal naturaleza, que incide, como señaló la corte; en la vida misma de los trabajadores y sus familias pues de esos derechos laborales derivan su sustento.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

En ese orden, en cuanto a la justificación de la mora o el posicionamiento de la demandada dentro del terreno de la buena fe, comparte la Sala la conclusión y decisión adoptada por el a quo, pues **la demandada simplemente tenía que dar cumplimiento a la Ley esto es pagando lo adeudado o en todo caso demostrar que existía fuerza mayor o caso fortuito, que se daban circunstancias que no podría prever de otra manera y que en todo caso su conducta estaba guiada por la buena fe; lo cual no sucedió; agregando que** el fracaso es un riesgo de toda empresa que no debe asumir el trabajador, pues por el contrario, reitera la Corte, se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para solucionarla, excepto nuevamente se itera, en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden, hechos estos que debe probar el empleador, sin que en este caso, se insiste haya una sola prueba de que así haya sido, más que las afirmaciones de la demandada, razón por la que se impone CONFIRMAR la sentencia apelada que llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

M o - 1 1 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO - R

LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 38-2020-406-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA SARA ROMERO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de marzo de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARÍA SARA ROMERO FONSECA, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada a efectuar reconocimiento y pago a su favor de pensión de vejez, tomando como IBL los últimos 10 años de cotización, junto con retroactivo pensional desde el 16 de mayo de 2019 e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre el 9 de enero de 1985 al 31 de mayo de 2019, ha cotizado un total de 1312 semanas, que nació el 15 de marzo de 1947, contando con 73 años de edad, que de la densidad de semanas mencionadas 175.89 fueron cotizadas con el empleador Edificio Rotonda 21 entre agosto de 1995 a enero de 2008, respecto de las cuales, Colpensiones no ha actualizado su historia laboral a pesar de varias solicitudes elevadas para tal efecto; que Colpensiones consigna que para tales periodos no se registra historia laboral, que su único empleador entre el 22 de septiembre de 1992 al 31 de mayo de 2019, ha sido Edificio Rotonda 21, que el último salario con el que cotizó es de \$828.116.

Que el 16 de mayo de 2019, solicitó ante Colpensiones reconocimiento y pago de pensión, la que fue negada en resolución SUB 187301 del 17 de julio de 2019, argumentando que no alcanzaba 1300 semanas de cotización, que contra dicha decisión interpuso los recursos de ley, siendo confirmada en resolución SUB 213920 de agosto de 2019, actualmente cuenta con 1312 semanas cotizadas, acreditando los requisitos para acceder a derecho pensional por vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 2, 3, 5, 7 a 11 y 17 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento RESOLVIÓ:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocerle a la demandante MARIA SARA ROMERO FONSECA la pensión de vejez a que tiene derecho a partir del 01 de junio del año 2019 en cuantía de \$828.116 (Ochocientos veintiocho mil ciento dieciséis pesos m/cte) como primera mesada pensional

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagarle a la demandante MARÍA SARA ROMERO FONSECA el retroactivo de mesadas pensionales causados en su favor a partir del primero de junio del año 2019 y hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagarle a la demandante MARÍA SARA ROMERO FONSECA los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la ley 100 de 1993 causados a partir del 16 de septiembre del año 2019 sobre el retroactivo de mesadas pensionales causadas entre junio y agosto del año 2019 y mes a mes respecto de las causadas a partir de septiembre y hasta el momento en que se efectúe el pago correspondiente de acuerdo con la tasa máxima de interés moratorio vigente certificado al momento de pago por la Superintendencia Financiera

CUARTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que del retroactivo de mesadas pensionales a que tiene derecho la demandante, descuenten el porcentaje que en derecho corresponde a los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud

QUINTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las súplicas de la demanda relacionadas con el reconocimiento de indexación de mesadas pensionales

SEXTO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas frente a la solución producida y declara no probadas las planteadas frente a las condenas infligidas

SÉPTIMO: COSTAS. Lo serán a cargo de la entidad demandada. En firme la presente providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$3'000.000 (tres millones de pesos m/cte) en favor de la demandante.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de reparo la calidad de afiliada de la actora a Colpensiones desde antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y a través de varios empleadores, que revisado el reporte de semanas emitido por la demandada, se relacionaban 1136 semanas cotizadas por la demandante en total hasta el 2019, que dicho reporte en relación con el empleador Edificio Rotonda 2021, señalaba que 1129 días no registraban relación y por ello, no se contabilizaban, aspecto que admitía la demandada en su contestación y no acreditaba algún tipo de requerimiento al empleador para el pago de aportes o actualización de información.

Que la CSJ había señalado de manera reiterada que cuando la administradora pensional recibía cotizaciones sin reproche alguno, guardando silencio, estas debían ser contabilizadas para efectos

pensionales, pues ello configuraba aceptación tácita de la afiliación, por lo que era evidente que para el caso de la actora, había tenido lugar dicha afiliación tácita y si bien el empleador acudió luego de un periodo largo a pagar los aportes, estos fueron aceptados sin cuestionamiento por Colpensiones, no pudiendo ser desconocidos para efectos pensionales y revisadas las pruebas aportadas, no se registraba ningún tipo de novedad de retiro del sistema pensional de la demandante, correspondiéndole entonces a la demandada haber efectuado las gestiones de cobro de los aportes cuyo pago se realizó de manera extemporánea, siendo procedente incluir en el reporte de semanas los periodos señalados en los que aparecía la anotación de *no registra relación laboral para ese pago*; indicando que la afiliación al sistema pensional era única, sin que se pudiera afirmar que el no pago de cotizaciones comportara la desafiliación al sistema y menos cuando se estaba en presencia de cotizaciones efectuadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, debiéndose adicionar 175.86 semanas de cotización al reporte respectivo.

En cuanto al reconocimiento pensional deprecado señaló que el régimen aplicable para la actora eran las previsiones de la Ley 797 de 2003, ya que si bien a 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, siendo en principio beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el acto Legislativo 01 de 2005, indicaba que dicho régimen expiraba en 2014 y la actora a 29 de julio de 2005, no tenía cotizadas 750 semanas, por lo que no había conservado dicho régimen; conforme a ello, refirió que la actora contaba con más de 1300 semanas de cotización, teniendo en cuenta las que era procedente adicionar y superaba con creces la edad de 57 años, siendo entonces beneficiaria de la prestación reclamada, que debía reconocerse a partir de la fecha de desafiliación del régimen pensional y la última cotización efectuada por la actora, había sido en mayo de 2019, configurándose para su caso lo que la CSJ había denominado desafiliación tácita ya que para la misma data había efectuado solicitud de reconocimiento pensional.

Así las cosas, era a partir del 1 de junio de 2019, que se empezaba a causar la prestación reclamada, siendo a partir de allí que debía reconocerla la pasiva y en cuanto al IBL, era el indicado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y para el caso de la demandante realizadas las operaciones

aritméticas, su IBL era inferior al SMLV, al que aplicada la tasa de reemplazo, arrojaba una mesada inferior a dicha cuantía, razón por la cual, el reconocimiento pensional debía efectuarse sobre el SMLV, debiéndose reconocer el retroactivo causado desde el 1 de junio de 2019.

En cuanto a la excepción de prescripción indicó que conforme la fecha establecida de reconocimiento pensional, la actora había reclamado ante la demandada el mismo dentro de los 3 años siguientes a su causación, razón por la cual, no había operado la prescripción. En cuanto a los intereses moratorios indicó que estos operaban luego de 4 meses contados a partir de la solicitud de reconocimiento pensional que databa del 16 de mayo de 2019, por lo que el término para efectuar el mismo, había vencido el 16 de septiembre de 2019, siendo a partir de tal fecha que se causaban los intereses moratorios que debía pagar la demandada, respecto del retroactivo de mesadas pensionales causados, no procediendo por ello la indexación petitionada; autorizó a la demandada a efectuar el descuento de los aportes destinados al sistema de salud.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones recurrió señalando que conforme las normas que regulaban el sistema pensional, era responsabilidad del empleador realizar el descuento al trabajador para efectuar las cotizaciones con destino al sistema pensional y este debía responder por la totalidad del aporte en caso de no realizar dicho descuento y frente a los pagos en mora, no era procedente tener en cuenta las cotizaciones en las que mediaba el incumplimiento de las obligaciones del empleador, quedando el ISS relevado de otorgar prestaciones económicas ante tal circunstancia.

Que el Decreto 1406 de 1999 disponía que las consecuencias derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes, errores u omisiones, eran responsabilidad del empleador, recayendo sobre él la obligación de cubrir las prestaciones que se causaran, no pudiendo ser indiferente ante la construcción del derecho pensional de su trabajador, que debían confrontar las novedades ante la administradora, presentar reclamaciones en caso de inconsistencias y por ello, esa entidad no había procedido a corregir la historia laboral de la demandante ya que el

empleador no había adelantado la diligencia de corrección y menos la había subsanado, lo que acarreaba como consecuencia que el empleador sea quien asuma el pago de la prestación.

Que para el caso de la demandante, la historia laboral expedida por esa entidad reflejaba que no alcanzaba las 1300 semanas de cotización y los periodos entre 1995 a 2008, habían sido cancelados por el empleador Edificio Rotonda 21 de manera extemporánea en el año 2010, data para la cual no existía relación laboral ni afiliación a Colpensiones y por ello se había requerido a la afiliada para que allegara tales soportes, lo que no ocurrió; que esa entidad siempre ha actuado bajo los postulados de la buena fe, indicando a la afiliada el trámite que debía surtir para la contabilización de las semanas que deprecia y de no lograrse ello, resultaba improcedente la contabilización de dichas semanas, que no se contabilizaron por culpa del empleador.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que la parte demandante reprocha la falta de imputación en su historia laboral de los aportes por el periodo comprendido entre el agosto de 1995 a enero de 2008, respecto a lo cual, no ofreció reparo y fue aceptado por la demandada en contestación y en recurso, que tales aportes por los ciclos de agosto de 1995, agosto de 1996, diciembre 1996, abril, mayo, julio, agosto y diciembre de 1997, febrero, abril a junio, octubre y noviembre de 1998, enero a junio, agosto y diciembre de 1999, enero a marzo, octubre y noviembre del 2000, noviembre de 2001, febrero, agosto, septiembre y diciembre de 2002, febrero, julio y noviembre de 2003, agosto y noviembre de 2006, abril, julio y octubre de 2007 y por último, el ciclo de enero de 2008, fueron pagados de manera extemporánea por el empleador Edificio Rotonda 21 en enero de 2010, respecto de lo cual la demandada indica que para la última data en mención, la actora no registraba relación laboral con dicho empleador.

En este caso, como lo refirió el juzgador de instancia, de historia laboral allegada por la parte demandada junto con contestación, actualizada a 1 de julio de 2021, se contabilizan para el caso de la demandante a mayo

de 2019, 1136 semanas de cotización, sin tener en cuenta los periodos antes anotados.

Es así como contrario a lo manifestado por la recurrente y como bien lo adujo la decisión que se estudia, no resulta de recibo su afirmación según la cual para los periodos reclamados como cotizados, no existía relación laboral, pues no existe siquiera duda razonable de la inexistencia alegada, ya que conforme la descripción de los mismos, no son periodos **consecutivos**, de lo que se puede deducir con claridad que el empleador incurría en mora de manera intermitente respecto al pago de aportes a favor de la aquí demandante, conclusión que se ratifica si se tiene en cuenta que no obra novedad de retiro alguna para ninguno de los lapsos mencionados; de tal manera que al advertir tal omisión, era la entidad de seguridad social demanda quien debía efectuar el requerimiento al empleador para dicho pago y de no lograrlo adelantar las acciones de cobro respectivas, siendo la responsable del reconocimiento prestacional a que haya lugar, aspecto sobre el cual, no le asiste razón a la recurrente y que ha sido ampliamente dilucidado por la jurisprudencia de la CSJ, entre otras en sentencia SL 3691 de 2021, en la que reiteró:

*Es oportuno destacar que desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, la Sala ha indicado de manera reiterada y pacífica que el afiliado que tenga la condición de trabajador subordinado causa la cotización con la prestación efectiva del servicio, y si el empleador no cumple la obligación de pago oportuno **y la administradora de pensiones no adelanta las acciones pertinentes para obtener el recaudo de los aportes en mora, es a ella a quien corresponde asumir la obligación de las pensiones que se generen para el asegurado o los beneficiarios.** (Negrilla fuera del texto original)*

De otra parte, se observa que como se señaló la demandada, recibió el comprobado pago de los aportes por los ciclos en mención de manera extemporánea, sin manifestar ninguna inconformidad al respecto; debiendo contabilizar los mismos para efectos pensionales como lo concluyó el juez de primer grado y también lo reiteró la CSJ en pronunciamiento en cita, oportunidad en que señaló al respecto:

*En este punto es oportuno destacar que la Sala también ha adoctrinado que el pago por fuera de los términos de ley sana la mora, **si no se objeta por la administradora con motivaciones valederas y por tanto esas cotizaciones***

son válidas (CSJ SL16814-2015 y CSJ SL7893-2015). Precisamente, en esta última providencia la Corporación explicó:

(...) se tiene que el ad quem no incurrió en un entendimiento equivocado al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en cabeza de la entidad administradora, pues lo cierto es que fueron nulas las gestiones de cobro a cargo de ésta, en tanto la cancelación de los aportes insolutos, aunque extemporáneos -dado que se realizaron después del fenecimiento del vínculo laboral y del fallecimiento de la afiliada-, se efectuaron de manera espontánea, por iniciativa de sus deudores a ciencia y paciencia de la acreedora, de tal suerte que tampoco procedería una eventual condena en concurrencia entre la administradora y el empleador incumplido.

Conforme el recuento señalado en precedencia, es claro que la entidad de seguridad social demandada acepta haber recibido el pago de dichos aportes y no manifestó ninguna clase de inconformidad al respecto, por lo que era su deber tenerlos en cuenta como efectivamente cotizados en la historia laboral de la demandante, como también haber efectuado sobre estos las gestiones de cobro conforme las facultades a ella legalmente conferidos, cuando quedó demostrado que para los periodos bajo estudio, la relación laboral de la demandante con Edificio Rotonda 21, gozaba de vigencia.

Es así que contrario a lo indicado por la entidad recurrente también en alegaciones, resulta clara la procedencia de tener como efectivamente cotizados los periodos bajo estudio que ascienden a 175.89 semanas, las que sumadas a las 1136, arrojan un total de 1311.89 semanas cotizadas por la demandante hasta mayo de 2009, reuniendo así los requisitos para ser beneficiaria de la pensión reclamada en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues no ofreció reparo que también acreditó en el trámite procesal contar con más de 57 años de edad.

En cuanto a la fecha de reconocimiento pensional, se evidencia que como lo adujo el juzgador de primer grado, corresponde al 1 de junio de 2019, como quiera que para el ciclo de mayo de dicha anualidad, fue efectuada la última cotización con destino al sistema pensional.

Intereses moratorios

Sobre este aspecto que se estudia en grado de **consulta**, resulta evidente que en esta oportunidad tuvo lugar la mora deprecada, pues como se indicó al haber recibido la administradora pensional los aportes con

fundamento en los cuales negó el reconocimiento pensional deprecado, era su deber tenerlos en cuenta para el efecto, de haberlo hecho hubiera concedido el derecho pensional sin dilaciones a la actora, cuando esta lo solicitó, data para cual, como se determinó reunía los requisitos de densidad y tiempo de cotizaciones previstos en la Ley 100 de 1993.

Para el caso bajo estudio, la demandante solicitó reconocimiento pensional el 16 de mayo de 2019, por lo que la entidad contaba con 4 meses para efectuar su reconocimiento y por tanto esta condena procede a partir del 16 septiembre del mismo año como lo adujo el juzgador de primer grado.

Prescripción

Atendiendo a la fecha de reclamación del derecho pensional por parte de la demandante, que como se señaló data del 16 de mayo de 2019; se observa que no transcurrió el fenómeno prescriptivo, como quiera que radicó esta acción judicial el 29 de octubre de 2020, como se determina de acta de reparto visible en expediente digital; no habiendo lugar a variar la decisión de primer grado en ningún aspecto, razón por la cual, se **confirmará** la misma.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en en la alzada.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES ROSSY
Magistrado