



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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2019-00398-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DIANA SALAZAR CASTRO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. LYDA BIBIANA GIL HERRERA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.434.957 tarjeta profesional No 373.527 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 abril 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 Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de mayo 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 sentencia proferida en primera instancia y las de Colpensiones.

NTECEDENTES

La señora DIANA SALAZAR CASTRO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado del RPMPD al RAIS. Como consecuencia, se declare para todos los efectos legales que la demandante siempre ha permanecido afiliada al RPMPD en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; se ordene el traslado de los aportes a Colpensiones y se condene a las demandadas en costas junto con lo que resulte probado extra y ultra petita. (fl. 5 archivo 01.Expediente).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 04 de noviembre de 1959; que cotizó al RPMPD entre el 15 de junio de 1981 al 03 de febrero de 1992 un total de 351.14 semanas; que el 30 de agosto de 1995 se trasladó al RAIS a la AFP Protección, donde actualmente se encuentra activa; que lleva cotizado en ambos regímenes 1385 semanas; que no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado, por lo que no se puede decir que su decisión fue informada; que solicitó el traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 5 a 7 archivo 01.Expediente).

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 negó el 5, 6, 8, 9 y 10; manifestó no constarle el 2, 4, 18, 19 y 20 y, aceptó 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 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. (archivo 04. Contestación Protección).

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, 3 y 18; negó el 19 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la innominada o genérica. (archivo 06. Contestación demanda COLPENSIONES 4-03-2021).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizada por la señora, **DIANA SALAZAR CASTRO** identificada con cedula de ciudadanía No 51.562.647 al régimen de ahorro individual, realizada el 30 de agosto de 1995 a la AFP **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS, DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A**

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**



PENSIONES COLPENSIONES- todos los valores que fueran recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses; esto es, rendimientos que se hubiesen causado sin lugar a descuento alguno o a deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación realizada por la actora el 14 de junio de 1981, por lo que deberá incluir dicha situación en su base de datos y sistema de información laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las Demandadas

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada, **PROTECCIÓN S.A.**, dentro de las que deberá incluir por concepto de agencias en derecho las sumas de un S.M.M.V”

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

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, como quiera que la AFP realizó una buena gestión de la cuenta de ahorro individual de la



demandante, lo que se evidencia en los rendimientos. Que se están desconociendo las restituciones mutuas y se estaría generando un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Que los gastos de administración también es un descuento que también se hace en el RPMPD. Que la naturaleza de los gastos de administración es diferente a la de la pensión. Que la devolución de los gastos de administración se ve afectada por la prescripción parcial. Que se ha pagados los seguros previsionales a un tercero que no está vinculado al presente proceso.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que no se dan los requisitos para que se declare la ineficacia del traslado de la actora, como quiera que ella firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Que no se aducen vicios en el consentimiento. Que no pueden desconocerse las normas que rigen los actos jurídicos. Que no se reúnen los requisitos para trasladarse en cualquier época. Solicita se le otorgue la facultad para reclamar los perjuicios ocasionados por parte de Protección.

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 Diana Salazar Castro, 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 COLMENA hoy AFP PROTECCION en el año 1995. (fl. 39 archivo 01.Expediente).

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 Diana



Salazar Castro, 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 COLMENA hoy PROTECCION 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 PROTECCION.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 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 Colmena 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, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar y que le era más beneficioso trasladarse al RAIS.

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 PROTECCION no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo pretende Colpensiones 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.

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)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos



emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP PROTECCION S.A.

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. 01-2019-1269-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: RICARDO GÓMEZ LEÓN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 8 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 las de la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor RICARDO GÓMEZ LEÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A, con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara al RAIS administrado por el fondo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de pensiones accionado, el cual se hizo efectivo para el mes de septiembre de 1995, que como consecuencia de ello se condene a Porvenir S.A., a registrar en su sistema de información que el demandante no realizó ninguna vinculación válida a dicha administradora, teniendo en cuenta la indebida información suministrada al momento de la afiliación, que se condene a Colpensiones a registrar y activar la afiliación del demandante y a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual del actor, consistentes en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc., igualmente que se condene a Colpensiones a actualizar la historia laboral del accionante junto con las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por último solicita se condene a las demandadas sobre los demás derechos que resulten probados, conforme a las facultades ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión del proceso, así como al pago de intereses moratorios por parte de Colpensiones.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis señalando que nació el 21 de febrero de 1963, que para la fecha del traslado de régimen en el año 1995, había laborado para diferentes empleadores cotizando un total de 86.14 semanas y contaba con un salario de \$440.000 M/Cte.

Indicó que el 18 de septiembre de 1995, se afilió a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., a efectos de vincularse al RAIS, que dicha administradora no le informó al momento de la suscripción las implicaciones que conllevaba trasladarse de régimen ni tampoco la naturaleza propia de ese régimen de capitalización, que la AFP en mención no le brindó al momento de la afiliación las desventajas de trasladarse al RAIS, que no se le realizó un comparativo de pensión entre uno y otro régimen, que Porvenir S.A., conocía el número de semanas cotizadas por el demandante así como el promedio salarial sobre el cual cotizaba, que no se le sugirió al actor que permaneciera en el RPM, que durante la permanencia en el RAIS no recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas respecto de la elección de su régimen pensional.

Que como consecuencia de lo anterior, decidió contratar por su propia cuenta una asesoría particular en la que se dio cuenta que fue engañado por la AFP



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Porvenir para afiliarse al RAIS, que el día 8 de agosto de 2019, radicó ante Porvenir S.A., solicitud de la nulidad y activación de la afiliación al RPM, manifestando que había vicio en su consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, que posteriormente el 05 de agosto de 2019, el elevó ante Colpensiones solicitud de nulidad y activación de la afiliación al RPM, por considerar había existido vicio en el consentimiento al momento de la afiliación y esta en respuesta el 15 de agosto de 2019, señaló que no era posible proceder a la anulación teniendo en cuenta que el demandante realizó el traslado ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 6.1, 6.8, 6.18 y 6.22, negó los No. 6.9 a 6.16 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.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó como ciertos los hechos contenidos en los numerales 6.1 a 6.5, 6.7, 6.8, 6.20 y 6.21, frente a los contenidos en los numerales 6.6, 6.9 a 6.19 y 6.22 respectivamente, manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de mérito que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y el demandante no sirve de excusa, la ineficacia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos de sistema general de pensiones e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante el señor RICARDO GÓMEZ LEÓN, identificado con la C.C. N° 79.263.953, a través del fondo administrado por la sociedad demandada PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado del señor RICARDO GÓMEZ LEÓN, identificado con la C.C. N° 79.263.953, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor RICARDO GÓMEZ LEÓN, identificado con la C.C. N° 79.263.953, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

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

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

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

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado refiriendo en primer lugar las pruebas aportadas por las partes al plenario, entre ellas, el interrogatorio absuelto por el demandante, quien indicó que es ingeniero de petróleos con especialización en gerencia de proyectos y que trabaja como independiente actualmente, que inició su vida laboral cuando terminó bachillerato en un almacén en Bogotá D.C., y que lo afiliaron al Seguro Social, que salió del país pero al volver empezó a trabajar en el Departamento de Cundinamarca y posteriormente en Santander, que estando allí llegó una representante de Horizonte que le dijo que llenara los certificados de afiliación por lo que hizo en este caso traslado involuntario, aseguró que no hubo asesoría, que el administrador de obra era el que contactaba al asesor afirmando que la empresa a la que debía era Horizonte, por lo que debía proceder a firmar el formulario, que no resolvió ninguna duda porque no se le permitió hacer preguntas y solamente se le dijo que era el único fondo de pensiones y que procedieran en este caso a firmar dicho formulario.

Sostuvo también el demandante que no buscó asesorías por parte de Colpensiones y mucho menos de Porvenir y que aproximadamente desde el año 1996, a la fecha no ha tenido alguna asesoría con Horizonte hoy Porvenir S.A., señaló que inició el proceso de nulidad porque cuando estaba entre los 49 y 51 años de edad empezó a sopesar y a preguntarse en qué consisten las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensiones y la dualidad entre Colpensiones y Porvenir, que el traslado de régimen lo realizó de manera voluntaria pero que no sabía que con la firma se estaba trasladando de régimen pensional, que no le informaron que sus dineros serían depositados en una cuenta de ahorro como tampoco le informaron que los aportes a pensión le generarían rendimientos financieros, que no leyó el formulario de afiliación y que respecto al beneficiario que consignó en el formulario para la época en que se encontraba soltero, por lo que dio el nombre de su padre, indicó que la asesoría duró aproximadamente 10 minutos en los que le indicaron y que fue en una región en donde solo estaba presente el fondo Horizonte, por lo que no tenía ninguna otra opción, que aproximadamente en el año 2005, entregó información faltante a Porvenir en el que suministró su correo electrónico pero que nunca le llegó información en cuanto al tiempo faltante para pensión y que si ha recibido extractos de la cuenta y lo revisa cuando lo considera.

Señaló el juzgado que la vinculación del accionante al RAIS a través del fondo privado demandado, si bien no se vislumbraba provista de constreñimiento a la voluntad del actor, adoleció de la información suficiente, en tanto se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera decidir con plena libertad su traslado de régimen; por lo que, correspondía a Porvenir S.A., prever e informar sobre las consecuencias futuras del traslado de régimen pensional para aquel, pues tal cambio podía tener consecuencias nefastas a futuro como ocurre en el presente, razón por la que esa información era de vital importancia para la correcta elección del afiliado; al efecto, era necesario que éste conociera todos los aspectos atinentes a su situación particular a fin de que se cumpliera su expectativa pensional, que le permitiera contar con una mesada pensional equivalente a la que obtendría de haber permanecido en el régimen de prima media al que venía afiliado.

Que del acervo probatorio se tenía que el fondo privado demandado omitió en su momento el deber de obrar en consonancia con el principio de eficiencia que informa al Sistema de Seguridad Social, al tenor del literal a) del artículo 2º de la Ley 100 de 1993, dando lugar a la situación desfavorable en que ahora se encuentra inmersa la accionante, quien en su momento no pudo escoger la opción pensional de su real conveniencia y a ese respecto, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de fecha 9 de octubre de 2019 con radicación No 68852, había señalado los términos en que se debía proporcionar dicha información.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Que era sabido que en el RAIS para lograr un capital suficiente los afiliados deberán efectuar aportes voluntarios, pues con solo sus cotizaciones obligatorias el capital ahorrado alcanzará a cubrir el riesgo de vejez por un determinado lapso y en su defecto deberá ser disminuido en su monto mensual, para que pueda entregarse de forma vitalicia, esto es, los traslados de régimen pensional de quienes venían afiliados al sistema de prima media, resultan ser totalmente adversos a su expectativa pensional, por lo que sin duda era obligación de la demandada, advertir al convocante las implicaciones que con grave perjuicio se ocasionaría a los afiliados del RPM, sustrayéndolos ahora de la posibilidad de un disfrute pensional como del que era su expectativa obtener en el régimen al que se encontraban afiliados al momento de su traslado desinformado.

Que ante tal falta de información, el traslado del demandante al RAIS, traía consecuencias desfavorables en grave perjuicio de su mínimo vital, como deviene de la información insuficiente que le fue suministrada, en su momento, por el fondo privado demandado y que persistió en el tiempo al no habersele advertido de todo aquello que era de suma relevancia para que su cambio de régimen pensional le fuera totalmente favorable como se le presentó por parte del asesor.

Que para el caso del actor, no se vislumbraba la obligación de información en tanto el fondo privado demandado omitió este deber de información completo al demandante, quien de haber sido enterado de las desventajas a futuro por su cambio de régimen pensional, en procura de evitar el perjuicio irremediable que indefectiblemente se genera para aquel por la aceptación de la oferta que reporta beneficio exclusivo a los intereses financieros del fondo privado; situación que deberá ser enmendada por principio de favorabilidad y en consecuencia, se dará prosperidad a lo peticionado por el convocante.

Por las razones expuestas, el operador jurídico colige que es procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica, como ha sido decantado en la jurisprudencia privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que el señor RICARDO GÓMEZ LEÓN, siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, debiendo la AFP Porvenir S.A., trasladar



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

dichos valores a la Colpensiones y en caso de que se generen diferencias en relación con las equivalencias, será Porvenir S.A., quien asuma el valor que corresponda, autorizándose a a Colpensiones para que obtenga, 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. En consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante, por ausencia de información sobre las desventajas que conllevaba el cambio de régimen pensional.

Por último, señaló que no procedía condena en costas, como quiera que la oposición de la parte pasiva, no era caprichosa, en tanto la materia que se ocupa viene siendo decantada por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre en virtud de la situación desfavorable que en el momento actual se presenta para un importante conglomerado de afiliados que optaron por este traslado que resultó adverso a sus intereses pensionales, razón por la que procede la exoneración de costas en esta instancia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indicó en su recurso que el demandante realizó el traslado de sus aportes de manera voluntaria, sin que hubiera tenido lugar lo señalado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que el traslado goza de plena validez y además de ello, siendo una potestad única y exclusiva del afiliado sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, además conforme el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al régimen que no hayan adquirido la calidad de pensionado podrán transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.

Siendo improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues el demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la ley, por lo que sería contraria a esta permitir el traslado solicitado, por lo que no es la obligación de Colpensiones realizar el traslado del RAIS al RPM, debiendo este demostrar en la demanda



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la pérdida de un tránsito legislativo a la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse de régimen de ahorro individual, toda vez que de permanecer en el RAIS conserva su posibilidad pensional pues podría ser el reconocimiento y pago de una prestación económica de vejez.

De igual forma, no se avizora por parte de la defensa el vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en el que decide realizar su afiliación al RAIS el actor como lo alega en la demanda. Además, para el momento de la afiliación era imposible predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales cotizaría el demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real al momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podían variar en relación a los repartos en su historia laboral hasta esa fecha.

Que la Corte Constitucional que manifiesta había señalado que el sistema de seguridad social en pensiones tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios, no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino que se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el régimen contributivo en que los empleadores y el Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes en la cuantía de la pensión de ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es la pensión respecto de los cuales no se ha producido el hecho que las causa, no demostrándose que el demandante haya sido engañado a tomar una decisión desfavorable a sus intereses más aún cuando permaneció en el RAIS sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en este régimen efectuando aportes pensionales, voluntad que se vio ratificada pues al momento que se realizó el interrogatorio por parte del apoderado de Porvenir ratificó que de manera voluntaria realizó su afiliación al fondo privado.

Por lo anterior, el demandante se encontraba válidamente afiliado al RAIS por decisión propia como lo demostraba el formulario como el interrogatorio de parte practicado sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en el fondo privado referenciado, por lo que es el fondo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

privado de pensiones es quien debe resolver su situación pensional, que el artículo 83 de la Carta Política hace referencia a que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, lo cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten, por lo que al alegarse por parte del actor que la AFP a través de sus engaños lo indujo en un error para realizar su afiliación al RAIS y adicional a ello no le brindaron la información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear el traslado de sus aportes a pensión al RPM le impone como carga procesal desvirtuar la buena fe de la mencionada sociedad, situación que no se avizora en el curso del proceso, pues se ve que el fondo privado cumplió con su deber de la información y brindó todo lo que obligatoriamente en su momento debía proporcionar o informar al demandante y este no había probado la omisión en la información alegada.

Que no se debe echar de menos que el demandante en calidad de afiliado también tenía deberes como lo es de informarse respecto del contrato que en su momento estaba suscribiendo de manera voluntaria, toda vez que la legislación nacional que debe ser de obligatorio conocimiento y cumplimiento le han otorgado herramientas para hacerlo a través del artículo 3 del Decreto 1161 del 94, que le brinda la posibilidad de retracto dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del formulario de afiliación para trasladar sus aportes del RPM al RAIS, derecho que el actor no ejerció; por el contrario permaneció afiliado al RAIS sin manifestar su inconformidad excusándose en el desconocimiento de la norma, por ello queda más que claro que la voluntad del señor Ricardo Gómez León en todo momento fue realizar aportes al fondo privado con el cual suscribió el formulario de afiliación.

Solicitó de mantenerse la decisión, se dispusiera el traslado a esa entidad de todos los aportes realizados por el actor así como todos los bonos, rendimientos, frutos, gastos de administración y demás dineros que hubieren sido obtenidos producto de los aportes realizados por el actor al fondo privado, declarando que puede obtener por las vías judiciales los valores no previstos al momento del reconocimiento pensional.

Porvenir S.A., recurrió señalando que resultaba importante señalar que en el interrogatorio de parte el demandante manifestó que la afiliación a Horizonte hoy Porvenir lo hizo de manera voluntaria, que adicionalmente



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

previo a la suscripción del formulario de afiliación la antesala a la afiliación duró aproximadamente unos 20 minutos de los cuales se puede llegar a concluir que antes de adoptar la decisión de afiliarse al RAIS recibió una información suficiente y veraz sobre las implicaciones del traslado, así como de las características generales al régimen al cual se estaba afiliando, que ese formulario de afiliación que suscribió el demandante contaba con la aprobación de la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, así de esta manera se consolidó el traslado de régimen de la parte demandante sin que se haya ejercido una presión, coerción u obligación para afiliarse a esta administradora.

Que se habían cumplido los parámetros de información que se hallaban vigentes al momento que se produjo el traslado y la información tan rigurosa que quedó determinada en la sentencia que puso fin a esta instancia surgió con mucha posterioridad en sentencias de los años 2007-2008, sentencias ya conocidas y mencionadas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y varias normas legales y reglamentarias. Así fue que con la expedición de la Ley 1748 del 2015, el Decreto 2555 del 2010, y el Decreto 2071 del 2015, que las administradoras del RAIS adquirieron la obligación de informar a sus potenciales afiliados acerca del deber de información.

Que en múltiples oportunidades el demandante tuvo la oportunidad de revertir la decisión de haber efectuado su traslado al RAIS, en una de estas posibilidades fue la que introdujo en el artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, el cual manifestaba que desde la selección inicial los afiliados pudieran trasladarse cada 3 años, no hizo uso de esta opción el demandante tampoco cuando el término fue elevado en años por la modificación que introdujo el artículo 2 de la Ley 797 del 2003. La Superintendencia Bancaria hoy SuperFinanciera a través de la Circular Externa 001 de 2004, dio a conocer la posibilidad de traslado al RPM. En otra posibilidad Asofondos que es la entidad que agrupa a las administradoras de fondos de pensiones del RAIS también en publicaciones de amplia circulación nacional y que obran en el expediente también manifestó esa posibilidad que tenían los afiliados al RAIS de trasladarse al RPM. En otra posibilidad normativa, el Decreto 1161 del 94, en su artículo 3, también estableció el derecho de retracto.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Que se puede observar de todas estas posibilidades que el demandante contó con varias de ellas para revertir su decisión y lo que se puede concluir es que por ser disposiciones legales que son públicas eran de pleno conocimiento de la parte demandante y fue después de muchos años que el actor trajo un interés inusitado acerca de su situación pensional, mostrando su poca diligencia frente a esa situación.

Respecto a la condena de devolver los gastos de administración no resultaba viable que como parte de las prestaciones mutuas que correspondan se ordene a Porvenir S.A., a la devolución de estos dineros que están destinados básicamente a la correcta administración y a generar unos rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual del demandante, se encuentran establecidas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no obedece a un descuento caprichoso sino un descuento que se encuentra establecido en la Ley y devolver esto junto con los rendimientos se estaría hablando de un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor RICARDO GÓMEZ LEÓN, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que quedó probado en el trámite procesal, tuvo lugar para el 18 de septiembre del año 1995, con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

En este orden, figura de la ineficacia de traslado de régimen pensional, ha sido objeto de estudio por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha indicado 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por las demandadas, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Ricardo Gómez León, 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 Horizonte hoy Porvenir S.A., a la que se trasladó el demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose por ende considerar su traslado como libre y voluntario como lo indican las recurrentes en cuanto el actor no conocía las implicaciones de dicha decisión.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN 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. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 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 del 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 tampoco 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 del 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, el hecho de que el demandante al momento de su traslado, no era beneficiario del régimen de transición o no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones para que este acuda a la 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:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“(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”.

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, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por el juzgador de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, 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 la permanencia del actor en el RAIS, se tiene que contrario a lo manifestado por Colpensiones, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya 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, como lo indica Colpensiones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que 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, obligación que se itera, no se encuentra demostrada.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 0120191269-01 Dte: RICARDO GÓMEZ LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a al 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 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.

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, conforme lo señalado en la parte motiva.

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. 20-2021-00049-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: OLGA LUCÍA JIMÉNEZ BELTRÁN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 09 de mayo del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora OLGA LUCÍA JIMÉNEZ BELTRÁN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A.. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno o deterioros por la merma en el capital, incluso los gastos de administración en que hubiere incurrido; se condene a Colpensiones a aceptar los anteriores valores ordenando la afiliación de la demandante al RPMPD; se condene a Colpensiones a pagar una pensión de vejez a la demandante a partir del 15 de abril del 2020, más los incrementos legales, las mesadas adicionales y los intereses moratorios, junto con las costas del proceso. (fls. 4 a 5 archivo 01 2021-049 ORD-FLS.1 a 66. Demanda y anexos).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que a la fecha de la presentación de la demanda la demandante contaba con 57 años de edad; que nació el 15 de abril de 1963; que al 01 de abril de 1994 contaba con 30 años, 11 meses y 16 días; que tiene cotizadas 1553 semanas al Sistema de Seguridad Social entre el 30 de noviembre de 1981 al 31 de octubre del 2020; que se trasladó a la AFP PORVENIR en agosto del 2004; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado. (fls. 1 a 4 archivo 01 2021-049 ORD-FLS.1 a 66. Demanda y anexos).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 5; negó



el 7, 8, 9, 10, 11, 12, 17, 18, 20 y 21 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 06 2021-49 fl 79-204 contestación porvenir 07-09-2021).

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 13, 14, 15 y 16; dijo que el 18, 19 y 21 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica. (archivo 07 2021-49 fl 205-272 contestación Colpensiones 08-09-2021).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora OLGA LUCIA JIMENEZ BELTRAN, efectuado el 26 DE JULIO DE 2004, al FONDO PENSIONAL PORVENIR S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

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

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



CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A., a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte. **QUINTO: CONSULTAR** en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de COLPENSIONES, entidad administradora de pensiones de la cual es garante la Nación.” (archivo 13 2021-049-ORD – FLS -350-355 ACTA AUDI- TRAMITE Y FALLO 09-05-22-10AM ART. 77 Y 80 DEL CPTSS (ineficacia))

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 si no hay libertad informada debe declararse la ineficacia del traslado; que no se ordena devolver los gastos de administración; que esta declaratoria es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante**, recurrió señalando que no está de acuerdo en lo que tiene que ver con la devolución de los gastos de administración, como quiera que fueron solicitados en la demanda y la ineficacia genera la inexistencia del acto jurídico por lo que las cosas vuelven al estado en que se encontraban; que se deben devolver los gastos de administración pues la ineficacia se genera por culpa del fondo privado y no se puede premiar su actuar.

Por su parte, **Colpensiones** impugnó la decisión argumentando que al ordenarse al traslado de régimen se afecta el principio de sostenibilidad financiera; que no se respeto la prohibición legal de no poder trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho. Que la libre permanencia por más de 18 años saneo cualquier tipo de vicio. Que el traslado se hizo con todo el lleno de requisitos legales. Que no se probó que exista una lesión. Que no se le esta afectando el derecho a la seguridad social. En cuanto a las costas manifiesta que los dineros de dicha entidad solo pueden usarse para el pago de pensiones. Solicita se condene a la devolución de los gastos



de administración por parte de Porvenir conforme lo ha establecido el Tribunal y la CSJ.

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 Olga Lucia Jiménez Beltrán, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 2004. (fl. 51 archivo 06 2021-49 fl 79-204 contestación porvenir 07-09-2021).

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

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



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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Olga Lucía Jiménez Beltrán, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2004; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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



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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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



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.

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

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

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

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



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

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

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

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES



las sumas descontadas por concepto de **gastos de administración**, durante la vigencia de la afiliación del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 10-2019-00683-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BLANCA CECILIA ALBA TAPIEROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 Diez Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de junio del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, la AFP Porvenir, Colpensiones y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.



ANTECEDENTES

La señora BLANCA CECILIA ALBA TAPIEROS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen realizado del RPMPD al RAIS – AFP PROTECCION por la nula o indebida información que suministró el fondo privado. Como consecuencia, se ordene anular los traslados entre administradoras del RAIS efectuados por la demandante; se ordene a la AFP PROTECCION y PORVENIR realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el trasladado del régimen efectuado el 03 de noviembre de 1995; ordenar a la AFP PORVENIR trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual; se ordene a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante y proceda a corregir y actualizar su historia laboral; se declare que para todos los efectos legales la única afiliación válida fue en el RPMPD, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 1 a 2 archivo DEMANDA ORDINARIA – BLANCA ALBA carpeta 02Demanda CD FL.01 – carpeta 22ExpedienteDigital).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 20 de octubre 1966; que se afilió al Sistema General de Pensiones con el Régimen de Prima Media el 22 de abril de 1991 cotizando un total de 240 semanas; que el 03 de noviembre de 1995 se trasladó al RAIS mediante afiliación a la “AFP PORVENIR S.A.”; que esa aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad; que la anulación del traslado de régimen que realizó la demandante el 03 de noviembre de 1995 del ISS a la “PORVENIR S.A.” es viable en virtud de los pronunciamientos efectuados por la CSJ; que el 01 de octubre del 2007 se trasladó de la AFP



PROTECCIÓN a OLD MUTUAL; que posteriormente el 01 de julio del 2008 se trasladó de OLD MUTUAL a PORVENIR; que desde su traslado al RAIS logró cotizar 1021 semanas; que en total tiene cotizadas 1251 semanas; que era obligación de la AFP PROTECCION S.A informarle sobre el año de gracia que concedió el artículo 2° de la Ley 797 del 2003; que la AFP PORVENIR debió haber informado antes del 20 de octubre del 2013 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le falten 10 o menos años para adquirir la edad mínima; que elevó derecho de petición solicitando la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 2 a 5 archivo DEMANDA ORDINARIA – BLANCA ALBA carpeta 02Demanda CD FL.01 – carpeta 22ExpedienteDigital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 3, 4, 6, 10, 11, 13 y 14; dijo que 12 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls 143 a archivo DEMANDA ORDINARIA – BLANCA ALBA carpeta 02Demanda CD FL.01 – carpeta 22ExpedienteDigital).

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°; negó el 9 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes y la innominada o



genérica. (fls. 184 a 206 archivo DEMANDA ORDINARIA – BLANCA ALBA carpeta 02Demanda CD FL.01 – carpeta 22ExpedienteDigital).

De otro lado, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1 y 2; negó el 4 y 15 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del Derecho por Falta de Causa y Título Para Pedir. (archivo 04 SUBSANACION DE LA CONTESTACION).

Finalmente, **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 5 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, . (archivo 16Cotestacion Demanda Skandia).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada a favor de la AFP PROTECCION SA, la excepción INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, se declara robada a favor de la AFP PORVENIR SA, la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, se declara probada a favor de COLPENSIONES la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y DEL DERECHO POR FALTA DE CAUSA Y TITULO PARA PEDIR, se declara probada a favor de SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS la excepción COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E



INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION y a favor de la Llamada en Garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS la excepción genérica denominada como INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION y por ende, se ABSULEVE a las demandadas y a las Llamadas en garantía de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante BLANCA CECILIA ALBA TAPIERO a favor de las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA, AFP PROTECCION SA, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que para los casos en que solicita la ineficacia del traslado se debe aplicar la línea jurisprudencial de la CSJ. Que la Corte ya ha dicho que se debía brindar la información necesaria al momento del traslado y que la ineficacia no procede en los casos en que el demandante se encuentre pensionado. Que las reasesorías no suplen la falta de asesoría inicial. Que no se encuentra ningún fundamento factico relacionado con la AFP PROTECCION que sustente la pretensión de declaratoria de ineficacia del traslado inicial al RAIS. Que en los hechos se refiere a la AFP PORVENIR y no a la AFP PROTECCION que fue el primer fondo dentro del al RAIS al cual se traslado la demandante. Que los fundamentos facticos afirman que quien incumplió el deber de información fue Porvenir y que los alegatos no es la oportunidad procesal para modificar los hechos de la demanda, pues para eso contaba con la reforma de la demanda y la fijación del litigio. Que al practicarse el interrogatorio de parte de la demandante su respuesta automática es empezar hablar de Porvenir. Que se le tuvo que requerir a la demandante porque no estaba dando respuesta a lo que se le preguntaba. Que lo que se evidencia es que la afiliación en el año 1995 es a PROTECCION y posteriormente, en el año 2004 a SANTANDER, la cual no menciona la



demandante y de ahí se traslada a Skandia. Que no fue a PORVENIR como se señala en la demanda que se realizó el traslado inicial. Que si bien el apoderado le manifiesta que fue un error de digitación suyo y si bien existen los derechos de petición elevados por la parte actora a las demandadas, lo cierto es que en los alegatos no se pueden modificar las pretensiones de la demanda. Que no puede dictarse una sentencia extrapetita. Que la demandante esta confundida incluso de con quien fue el traslado inicial. Que lo único que existe en el presente proceso son los formularios de afiliación y que los hechos de la demanda son la base fundamental para que las demandadas puedan contestar y ejercer su derecho de defensa, por lo que se debe declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación señalando que hay material suficiente para tomar una decisión de fondo por parte del Despacho; que dentro del material probatorio se aportaron sendas reclamaciones administrativas presentadas a las entidades demandadas Colpensiones, Protección y Porvenir; reclamaciones administrativas a través de las cuales efectivamente se plantearon unos hechos que fundamentaron esas peticiones; que en el hecho 4° de las pretensiones se indica que se está solicitando una nulidad del traslado que efectuó el 03 de noviembre de 1995 del ISS a Protección s.a. lo cual quedó claro en cada una de las peticiones presentadas; que de la historia laboral expedida por Porvenir se extrae claramente que el traslado de régimen se efectuó del ISS a Protección; que si se lee la pretensión primera y se miran las contestaciones de la demanda siempre fue claro que se estaba pretendiendo la nulidad del traslado que se efectuó en el 1995; que lo que se hizo fue no fallar de fondo; que lo que se debía era resolver el fondo, el problema jurídico planteado el cual es si se brindó o no la información y si el traslado es nulo o ineficaz o no



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora Blanca Cecilia Alba Tapieros, se circunscribe en primer lugar, a determinar si era procedente absolver a las demandadas y declarar probadas las excepciones propuestas, bajo el argumento expuesto por la falladora de primera instancia, en el que indica que no se podía estudiar la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la actora al RAIS el 03 de noviembre de 1995 a través de la AFP PROTECCION al no existir ningún hecho que fundamente tal pretensión.

En ese orden, esta Sala observa que la falladora de primera instancia olvidó por completo lo dicho por la CSJ que siempre ha sostenido la tesis de prevalencia del derecho sustancial, sobre las formas y el deber del Juez de interpretar la demanda, para lograr este postulado, en caso de que exista confusión.

En sentencia SL 592 del 22 de marzo del 2023 la Corte Expresó:

“En primer lugar, recuérdese que el principio de congruencia se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 281 del CGP, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del artículo 145 del CPTSS, según el cual el juez tiene la obligación de adecuarse a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes (CSJ SL3443-2021, CSJ SL440-2021 y CSJ SL2172-2022).

De otra parte, en las sentencias CSJ SL2604-2021 y CSJ SL440-2021, en la que se recordó una decantada línea jurisprudencial sobre el particular, se precisó lo siguiente:

Dichas actuaciones limitan la autonomía judicial del juez, quien debe obrar dentro de ese marco trazado por las partes, dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional.

Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que «constituye su deber dado que está en la obligación de referirse “a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales” (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos



que le sirven de fundamento» (CSJ SL2808-2018).

(...)

En línea con lo anterior, destaca la Sala que los jueces del trabajo han de estar atentos a resolver las controversias atendiendo los hechos en que se fundamentan las pretensiones, es decir, que tienen el deber de interpretar la demanda introductoria, pues es perfectamente viable que de los supuestos de hecho planteados deriven derechos distintos a los explícitamente solicitados en el derecho inaugural.

Al respecto, Sala resalta que la decisión del juez se sujeta a lo que se logre probar en el juicio y al derecho que resulte aplicable al caso, de allí el postulado «da mihi factum et dabo tibi ius», que traduce «dame el hecho y yo te daré el derecho», según el cual corresponde a la parte actora demostrar los hechos en los que funda su petición y a los jueces aplicar la consecuencia jurídica que deriva de ellos, conforme al derecho vigente.

(...)

En igual sentido en sentencia CSJ SL14022-2015, se puntualizó que, si los hechos fueron discutidos y probados en juicio, el juez no solo está habilitado, sino que es su deber emitir una condena al respecto, sin que ello signifique un quebranto al citado principio de congruencia...”

Por su parte en la sentencia SL 3126-2021 indicó:

“...Pues bien, decisiones como esta no contribuyen a una adecuada administración de justicia. En efecto, desconocen que cuando los interesados acuden a la jurisdicción procuran obtener la solución definitiva de las controversias que proponen, dado que esto los conduce a un estado de certeza y seguridad jurídica en sus relaciones, lo que además contribuye al objetivo vital del Estado Social de Derecho en torno a lograr la paz social y una convivencia pacífica entre sus ciudadanos (CSJ SL676-2021).

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha adoctrinado que «la definición de mérito es la mejor garantía para las personas, pues además de haber logrado la solución de la diferencia, les permitirá encausar sus relaciones dentro de ambientes distintos a los de la contradicción que muchas veces, frente a la prolongada indefinición, va dejando heridas que dificultan la paz social» (CSJ SL, 21 feb. 2006, rad. 26217).”

En el examine, una vez revisada la demanda se evidencia que contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, si era posible dictar una sentencia de fondo, pues tal y como lo indica el recurrente, de las pretensiones y hechos se extrae claramente cuál era el problema jurídico



que debía resolverse en el presente proceso. Así se solicitó en la primera pretensión de la demanda:

*“1. Solicito al Despacho **DECLARAR** la Nulidad y/o Ineficacia del Traslado de Régimen que realizó el día 3 de Noviembre de 1995 la Demandante **BLANCA CECILIA ALBA TAPIEROS**, identificada con la CC N° 51.869.900 de Bogotá, del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – Hoy COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A.**, por la indebida y nula información que suministró el fondo privado a mi poderdante, para convencerla que se trasladara de régimen pensional, dando aplicación a lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, mediante las Sentencias reconocidas con los radicados N° (s) 31989 del 9 de Septiembre de 2008, 33083 del 22 de Noviembre de 2011, 46292 del 3 de Septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de Octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 del 13 de Febrero de 2019, SL 1452 del 3 de Abril de 2019, SL 1421 del 10 de Abril de 2019, y SL 1688 del 8 de Mayo de 2019.”.*

Pretensión que encuentra su fundamento en los hechos 3 y 4 en los que se plasmó:

“3. El día 3 de Noviembre de 1995, mi poderdante se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR S.A., cabe advertir que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad.

4. La anulación del traslado de Régimen que realizó la demandante BLANCA CECILIA ALBA TAPIEROS el 3 de Noviembre de 1995 del ISS – Hoy Colpensiones a PORVENIR S.A., es viable en virtud de los pronunciamientos efectuados por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en las Sentencias reconocidas con los radicados N° (s) 31989 del 9 de Septiembre de 2008, 33083 del 22 de Noviembre de 2011, 46292 del 3 de Septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de Octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 del 13 de Febrero de 2019, SL 1452 del 3 de Abril de 2019, SL 1421 del 10 de Abril de 2019, y SL 1688 del 8 de Mayo de 2019, por la indebida y nula información que suministró el fondo privado a mi poderdante, para convencerla que se trasladara de régimen pensional, evidenciándose el engaño en el que



incurrió dicha administradora por la falta al deber de información.”

Entendiendo la Sala que al señalar en esos hechos a la **AFP PORVENIR** se trató únicamente de un error de digitación, pues tal y como se dice en la pretensión primera de la demanda el traslado efectuado el 03 de noviembre de 1995 del cual se solicita se declare la nulidad y/o ineficacia se realizó con la AFP PROTECCIÓN, lo cual además se corrobora con el formulario de afiliación suscrito por la demandante con la AFP PROTECCION en el año 1995 visible a folio 214 archivo DEMANDA ORDINARIA – BLANCA ALBA carpeta 02Demanda CD FL.01 – carpeta 22ExpedienteDigital.

Por tanto, era obligación de la falladora de primera instancia interpretar la demanda, máxime porque en los demás hechos se señala que el traslado de la actora a la AFP PORVENIR se dio en el año 2008 siendo dicho fondo en el que se encuentra afiliada actualmente. No pudiendo valerse de un error de digitación para no estudiar de fondo el problema jurídico que le fue planteado y absolver a las demandadas de todas las pretensiones. Razón por la cual pasa la Sala a estudiar lo pretendido en la demanda.

Ineficacia del Traslado

El segundo problema jurídico que convoca la atención de la Sala es la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara la señora Blanca Cecilia Alba Tapieros al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCION en el año 1995 (fl. 214) y, posteriormente a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN en el año 2004 (fl. 170 archivo DEMANDA ORDINARIA – BLANCA ALBA carpeta 02Demanda CD FL.01 – carpeta 22ExpedienteDigital), a la AFP SKANDIA en el año 2007 (fl. 170 archivo DEMANDA ORDINARIA – BLANCA ALBA carpeta 02Demanda CD FL.01 – carpeta 22ExpedienteDigital) y finalmente, a la AFP PORVENIR en el año 2008 (fl. 163 archivo DEMANDA ORDINARIA – BLANCA ALBA carpeta 02Demanda CD FL.01 – carpeta 22ExpedienteDigital); esta última entidad es en la que se encuentra afiliada actualmente.



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

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

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



que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Blanca Cecilia Alba Tapieros, 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 PROTECCION 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 PROTECCION.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 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 la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 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.

Y es que la demandante en ningún momento confesó haber recibido la información en los términos señalados por nuestra CSJ, pues al escuchar el interrogatorio de parte que absolvió la señora Blanca Cecilia Alba Tapieros y la demanda interpuesta, se evidencia que lo único que manifestó es que al momento de trasladarse a la AFP PROTECCION el asesor sólo le había indicado que el ISS se iba acabar y que podría perder sus aportes.

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.

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

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 **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la señora Blanca Cecilia Alba Tapieros a la AFP PROTECCION y la ineficacia de los demás traslados horizontales realizados dentro del RAIS, ordenándole a la AFP PORVENIR (AFP en la que se encuentra afiliada actualmente), efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual de la demandante a órdenes de Colpensiones, junto con los rendimientos y los dineros descontados de su cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto 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. Igualmente, se condenará a la AFP PROTECCION y AFP SKANDIA a devolver a Colpensiones las sumas descontadas a la demandante a título de gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada a dichas entidades.

Señalando además respecto de los gastos de administración, 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.

Llamamiento MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

El tema del llamamiento en garantía en materia laboral ha sido tratado por la H Corte Suprema de Justicia, aceptando la procedencia de esta intervención- antes de la expedición del CGP, denominados terceros, ahora otras partes-; cuando se trata de situaciones en que se aseguran riesgos derivados de normas del CST.

Ahora bien, aunque procedente en materia laboral; **solo lo es cuando se cumplen los requisitos de la norma, esto es el artículo 64 del CGP; requisitos, que no se dan en este caso específico.**

Por el contrario, se itera, claro resulta la norma cuando expresa: **“quien tenga derecho legal o contractual de exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir”**, lo que no es claro en este caso toda vez que entre Skandia y Mapfre, si bien se suscribieron unas pólizas de seguro previsional; de esta relación comercial, no surge el posible derecho relacionado con las pretensiones de nulidad y/o ineficacia de la afiliación y



por el contrario, se trata de un tomador de un seguro cuyos beneficiarios son todos los afiliados a Skandia, en cuyo caso si se da una condena, se afectarían derechos de terceros, **asunto además que no corresponde al Juez Laboral definir.**

Ahora la relación contractual a la que se refiere la norma, debe ser del conocimiento del Juez Laboral, para que en el mismo proceso resuelva el posible derecho de pago o indemnización del perjuicio, siendo claro que las primas pagadas y su posible pago a otra entidad o reembolso escapa a la jurisdicción del Trabajo y la Seguridad Social; luego esta relación no es de las que la norma contenida en el art 64 del CGP indica, esto es que otorgue a quien llama a exigir indemnización de perjuicios o reembolso de posibles condenas, pues estas estarán a cargo de la demandada y los posibles, se itera, conflictos que pudiera tener con quienes contrató y suscribió pólizas, no son del conocimiento del Juez Laboral.

En consecuencia, se absolverá a la llamada en garantía.

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.

Sin costas en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de las demandadas.

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: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante **Blanca Cecilia Alba Tapieros**, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual en el año 1995 a la AFP PROTECCIÓN y los posteriores traslados horizontales, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante **Blanca Cecilia Alba Tapieros**, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración. Igualmente, ordenar a la AFP PORVENIR Y SKANDIA trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas a título de gastos de administración durante la afiliación de la actora.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: 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.

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

SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía.



SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de las demandadas.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 03-2018-681-01

DEMANDANTE: HECTOR TÉLLEZ BOGOTÁ

DEMANDADO: LABORATORIOS SIEGFRED SAS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Erika Johana Guzmán, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Laboratorios Siegfred S.A.S., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 la parte demandada contra el auto proferido por Juez 3 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 4 de noviembre de 2021, por medio del cual decidió diferir para la sentencia la excepción de cosa juzgada. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las de ambas partes, la demandante solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

El señor HECTOR TELLEZ BOGOTÁ a través de apoderado instauró demanda en contra de LABORATORIOS SIEGFRIED SAS, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que la renuncia presentada no fue voluntaria, solicitando así el pago de indemnización, saldo por pensión, daño emergente;

asegurando que existió acoso, presión y que desconocía el texto del acuerdo transaccional, que firmó ante tanta presión. (Expediente Digital)

En la contestación de la demanda se propuso como previa la excepción de cosa juzgada.

El Juez de primera instancia en la audiencia del art 77 del C P del T y de la SS tomó la decisión que hoy revisa la Sala.

Para llegar a esta decisión afirmó el Juez en síntesis lo siguiente: “ *Con el texto del acuerdo transaccional, se debe dar la oportunidad a la parte demandante que en el transcurso del proceso y sobre todo en el debate probatorio demuestre que la suscripción de la transacción, no obedeció a un acto natural libre y voluntario y por ello, existió un vicio del consentimiento para su suscripción, de suerte que dicha excepción no puede resolverse como previa, ya que de la simple lectura de los hechos de la demanda, se advierte que la petición principal de la parte demandante es precisamente invalidar dicho acuerdo transaccional afirmando que fue obligado a firmar el mismo, lo que lleva a estudiar si efectivamente se presentó algún vicio en el consentimiento luego de agotado el debate probatorio en el momento de proferir sentencia, por lo que dicha excepción queda diferida al momento de proferir sentencia.*”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso así: “*Si bien para efectos del proceso indica el juez que se debe dar a la parte demandada demostrar en juicio que el acto transaccional fue inválido, lo cierto es que tal posición es contraria a los eventos aquí sucedidos partiendo de que la excepción de cosa juzgada parte del entendido que impide al juez la libre determinación de referirse a aspectos que no fueron solicitados en las pretensiones de la demanda y cuando se analizan estas, ninguna está destinada a atacar la validez del acuerdo; el otro objetivo de la transacción es dotar de un valor definitivo e inmutable los eventuales acuerdos a los que pudieron llegar las partes, que en este caso fue evitar reclamaciones futuras en cuanto a la ejecución del contrato, lo que comporta pago de salarios, indemnizaciones como las que se reclaman y además impedir que se inicien acciones judiciales contra cualquier circunstancia del contrato de trabajo, y si bien el juez indica que existe un potencial vicio en la suscripción del acuerdo, no es menos cierto que lo que se demostró fue que medió una renuncia voluntaria.*

Si bien el demandante dentro de sus argumentaciones señala que gozaba de un fuero de estabilidad laboral reforzada, lo cierto es que la terminación del contrato no fue caprichoso ni unilateral de mi representada, sino una renuncia libre y voluntaria y por ello fue que mi representada le reconoció varios conceptos como los que se indican en el acuerdo, bonificación por retiro, por mera liberalidad y para que hiciera aportes a pensión hasta mayo de 2020, esa fue la intención de las partes en ese momento, dirimir cualquier circunstancia que diera lugar a un asunto como el que hoy nos ocupa, por ello el debate no se centra en determinar si ese contrato de transacción tiene o no validez y en ese sentido como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C 100 de 2019, el juez está vedado para referirse a este aspecto y sólo se debe referir a lo que esté por fuera del acuerdo...”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resolverá el recurso.

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.**

No obstante, algunas excepciones, atacando el fondo del asunto pueden ser propuestas como previas esto es aquellas denominada mixtas, como la de prescripción y cosa juzgada.

Una segunda precisión es que, si es procedente el recurso, cuando como en este caso se difiere la decisión, pues diferir el estudio de la excepción de cosa juzgada como excepción de fondo es valga la redundancia **decidir, sobre ella justamente afirmando que no es posible resolverla como tal.**

Nótese y se itera, que esta excepción mixta es de fondo pues ataca el derecho, pero en ocasiones, dice la norma **podrá el Juez** resolverla como previa o dilatoria. Esas ocasiones deben ser analizadas para determinar el momento de su decisión, la audiencia del art 77 del C P del T y de la S S o la sentencia.

Diferir la decisión es decidir que en este caso la excepción, no es previa y esa decisión sin duda es apelable, pues entraña un análisis del Juez para ejercer esta facultad que no es otra cosa, dado que de ese análisis surgirá si lo alegado constituye justamente el fondo del asunto lo que impide desde luego resolverlo como algo que solo ataca las formas del proceso.

Pues bien, hechas estas precisiones, la Sala advierte desde ya que la decisión del Juez será **CONFIRMADA**, pues contrario a lo afirmado por el recurrente también en alegaciones, no es que este probado que la renuncia fue voluntaria, por el contrario de una simpe lectura de los hechos y de una correcta interpretación de la demanda, lo que se afirma es que la renuncia fue presionada, que el demandante se vio obligado a firmar el acuerdo; luego no era necesario que como pretende el recurrente, exegéticamente exigir o atacar la validez del acuerdo pues justamente eso es lo que se deriva de los hechos apoyo de las pretensiones; luego el debate probatorio desde luego girar en torno a ese fundamento; siendo evidente que en este caso; justamente y luego de adelantado el juicio, deberá definirse si la renuncia fue voluntaria como afirma la demandada, o presionada como afirma el demandante; de lo que dependerán desde luego las pretensiones; por lo que se confirma la decisión sin más consideraciones por innecesarias.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2021-00263-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GUILLERMO HERNÁNDEZ OCHOA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 Porvenir y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de abril del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor GUILLERMO HERNÁNDEZ OCHOA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada al RAIS por falta de los requisitos legales que dan cuenta los artículos 12 y 271 de la Ley 100 de 1993 y artículo 97 del Decreto 663 de 1993; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del demandante al RPMPD. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP del RAIS a devolver la totalidad de los aportes realizados, rendimientos, bonos pensionales girados a favor y demás conceptos de cotizaciones a pensiones al RPMPD; se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante en el RPMPD; se condene a COLPENSIONES actualizar la historia laboral del demandante, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (carpeta 01DemandaAnexos).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 02 de septiembre de 1962, contando a la fecha de presentación de la demanda con 58 años de edad; que empezó a cotizar al ISS desde el 01 de febrero de 1982; que en el año 1999 fue contactado por una asesor de la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN quien le insistió en la conveniencia de trasladarse al RAIS, pues el ISS se iba a desaparecer y que no había opción más que trasladarse a un fondo privado; que un mes después se trasladó a la AFP PORVENIR; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable. (carpeta 01DemandaAnexos).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, negó el 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 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. (carpeta 05 Contestación demanda).

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; dijo que el 3 era parcialmente cierto, manifestó no constarle el 2, 6, 8, 9, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 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, 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de los aportes a otra administradora y la genérica. (carpeta 06 ContestacionDemanda).

De otro lado, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 21 y 22; negó el 20 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos



jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (carpeta 07 ContestacionDemanda).

Finalmente, De otro lado, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1; negó el 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (carpeta 10 ContestacionDemanda).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante GUILLERMO HERNÁNDEZ OCHOA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y por ende a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de diciembre de 1999 y el 30 de junio del 2000 y desde el 01 de agosto de 2007 y el 31 de marzo del 2008, con motivo de la afiliación del demandante GUILLERMO HERNÁNDEZ OCHOA con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por



administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia , dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARAGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la **AFP COLFONDOS** y **PORVENIR** con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante los días 01 de julio de 2000 y 01 de abril de 2008 respectivamente.

TERCERO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de julio del 2000 hasta el 31 de agosto del 2002, con motivo de la afiliación del demandante **GUILLERMO HERNÁNDEZ OCHOA** con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia , dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARAGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la **AFP PORVENIR** con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el día 01 de septiembre del 2002.

CUARTO: CONDENAR a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **GUILLERMO HERNÁNDEZ OCHOA** con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia , dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.



QUINTO: DECLARAR que el demandante **GUILLERMO HERNÁNDEZ OCHOA** se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto **I.S.S.**, y hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por las razones expuestas.

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

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

OCTAVO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón a que las pretensiones son adversas a **COLPENSIONES**”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencia de la CSJ; que la carga de la prueba esta en cabeza de la AFP privada; que no importa si es beneficiario o no del régimen de transición, que el fondo privado debía brindar una información clara para entender que la voluntad del afiliado fue informada; que en estos casos lo que se genera es una ineficacia del traslado y no una nulidad; que no se probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado; que no es suficiente con el formulario de afiliación. Finalmente, declara la ineficacia del traslado y ordena la devolución de las sumas descontadas a título de gastos de administración.

RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante** interpone recurso de apelación señalando que se debe condenar en costas a todas las demandadas, pues salieron vencidas en el proceso.



La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que no está de acuerdo en que se ordene la devolución de las sumas descontadas a título de gastos de administración, por ser un descuento autorizado por la ley, el cual se realizó como contraprestación a una buena administración, lo que puede evidenciarse en los rendimientos. Que los dineros descontados ya se pagaron a una aseguradora. Que frente a estos descuentos opera la prescripción por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, pues esto es un concepto que o financia la pensión de vejez.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no existe ninguna norma que consagre esa consecuencia en caso de existir una deficiencia en la información; que el demandante no probó fuerza, dolo, vicio o la falta de información por parte de la demandada Porvenir o Protección; que quedó probado que se le brindó un espacio para que pudiera hablar con los asesores; que no se les puede condenar por la falta de atención del demandante; que los gastos de administración corresponden a una norma legal; que se debe tener en cuenta los actos de relacionamiento pues conforme lo ha indicado la CSJ se colige que cualquier vicio ya quedó saneado no solo por el paso del tiempo sino por los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Guillermo Hernández Ochoa, 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 COLMENA hoy AFP PROTECCION en el año 1999 (fl. 54 carpeta 01DemandaAnexos) y, posteriormente, a la AFP PORVENIR en el año 2002 (carpeta 05 ContestacionDemanda), a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN en abril del 2000 (fl. 35 carpeta 06



ContestacionDemanda), a la AFP COLFONDOS en mayo del 2000 (fl. 35 carpeta 06 ContestacionDemanda), a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN en el año 2007 (fl. 35 carpeta 06 ContestacionDemanda) y finalmente, a la AFP PORVENIR en el año 2008 (fl. 35 carpeta 06 ContestacionDemanda); esta última es la entidad en la que se encuentra afiliado 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, contrario a lo pretendido por Porvenir en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los



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

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

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

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

En ese orden, concluyó que:



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

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

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

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



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

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

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

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

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo pretende Colpensiones en su recurso, 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.

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



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia 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. y la AFP PORVENIR en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

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



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

En cuanto a las costas efectivamente como quiera que las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION Y COLFONDOS fueron vencidas en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP se adicionará el numeral 7 de la sentencia apelada y consultada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral séptimo de la sentencia recurrida en el sentido de CONDENAR en costas de primera instancia a la AFP PROTECCION, COLFONDOS Y COLPENSIONES por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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



dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

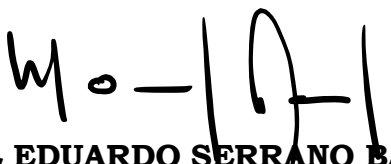
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2021-00254-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: SARA CONSTANZA LARA FALLA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de abril 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, Porvenir y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 09 de mayo 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 SARA CONSTANZA LARA FALLA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada al RAIS a la AFP COLMENTA hoy AFP PROTECCIÓN el 18 de diciembre de 1996; que se declare la ineficacia y nulidad de los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS; que se declare que para todos los efectos pensionales se encuentra afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Como consecuencia, se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. proceda a devolver a Colpensiones todas las sumas a favor de la demandante, los 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; se CONDENE a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores y que proceda actualizar la historia laboral; se condene a las demandadas al pago de las costas procesales. (carpeta 01DemandaAnexos).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 29 de julio de 1959; se afilió y efectuó cotizaciones al ISS a partir del 01 de abril de 1978; que se afilió a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN en el año de 1996; que recibió una asesoría deficiente y sesgada por las exigentes metas de clientes que debía cumplir el área comercial; que posteriormente en el año 1999 se traslada a la AFP PORVENIR S.A., en el 2004 se trasladó a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN; que a la demandante no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable. (carpeta 01DemandaAnexos).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle el 1, 2, 3, , 5, 7, 23, 24, 25 y 27 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (carpeta 05 Contestación demanda).

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, 23 y 24 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (carpeta 06 ContestacionDemanda).

Finalmente, la **Administradora De Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 5, 7, 9, 25, 26 y 27; manifestó no constarle el 2, 6, 21, 22, 23, 24, 28 y 30; dijo que el 29 y 31 no eran 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de



devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto y la genérica. (carpeta 07 ContestacionDemanda).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la demandante **SARA CONSTANZA LARA FALLA**, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y por ende a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** y nuevamente **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver o trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con motivo de la afiliación de la demandante **SARA CONSTANZA LARA FALLA**, todos los valores que hubiera recibido, entre el 01 de diciembre de 1999 al 31 de mayo del 2004, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.



PARAGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la **AFP PROTECCION** con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el 01 de junio de 2004.

TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **SARA CONSTANZA LARA FALLA** con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARAGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la **AFP PORVENIR** con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante.

CUARTO: DECLARAR que la demandante **SARA CONSTANZA LARA FALLA** se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto **I.S.S.**, y hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por las razones expuestas.

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

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SÉPTIMO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón a que las pretensiones son adversas a **COLPENSIONES**”



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencia de la CSJ; que la carga de la prueba esta en cabeza de la AFP privada; que no importa si es beneficiario o no del régimen de transición, que el fondo privado debía brindar una información clara para entender que la voluntad del afiliado fue informada; que en estos casos lo que se genera es una ineficacia del traslado y no una nulidad; que no se probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado; que no es suficiente con el formulario de afiliación. Finalmente, declara la ineficacia del traslado y ordena la devolución de las sumas descontadas a título de gastos de administración.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que no está de acuerdo en que se ordene la devolución de los gastos de administración, como quiera que fueron descontados por autorización del legislador para cubrir algunos servicios que ya fueron prestados a lo largo de la afiliación de la demandante, como los gastos operacionales, lo cual le generó rendimientos a la demandante. Que si se mira en estricto sentido la ineficacia no se deberían devolver los rendimientos. Que se constituye un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Que esos dineros fueron destinados a una aseguradora la cual prestó sus servicios. Que las aseguradoras son terceros de buena fe. Que conforme la sentencia de la CSJ SL 2324-2019 las consecuencias de la ineficacia no pueden afectar a terceros. Que no se probaron perjuicios y que la devolución de los gastos de administración se ve afectada por el fenómeno prescriptivo.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que se está olvidando que la demandante suscribió un formulario de afiliación y que su voluntad se ratificó a través de su permanencia y a los aportes



efectuados por la demandante. Que dicha entidad traslado los aportes de la demandante desde el año 2004 por lo que no cuenta con ningún valor. Que solo tenía que devolver los aportes más los rendimientos. Que se esta generando un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Que debido a su naturaleza la devolución de los gastos de administración se ve afectada por el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpone recurso de apelación argumentando que no se probaron vicios del consentimiento, ni una expectativa legítima. Que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003. Que no se le pueden aplicar las sentencias de unificación por lo que no puede trasladarse en cualquier tiempo. Que no probó que los fondos le hubieren brindado una información equivocada.

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 Sara Constanza Lara Falla, 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 COLMENA hoy AFP PROTECCION en el año 1996 (fl. 25 carpeta 07 Contestaciondemanda) y, posteriormente, a la AFP PORVENIR en el año 1999 (fl. 79 carpeta 05 ContestacionDemanda) y finalmente, a la AFP PROTECCIÓN en el año 2004 (fl. 26 carpeta 07 ContestacionDemanda); esta última es la entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

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



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

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

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



De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Sara Constanza Lara Falla, 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 COLMENA hoy PROTECCION 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 PROTECCION.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 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 Colmena hoy Protección 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 podía pensionarse antes bajo las mismas condiciones.

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

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo pretende Colpensiones 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.

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

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.

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 o probarse un perjuicio para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente 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 PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invocan Porvenir S.A. y 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 Porvenir S.A. y Protección 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:

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. 29-2021-00085-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ISLENA MONTAÑA COPETE

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **LAURA LÓPEZ ÁLVAREZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.152.466.180 y tarjeta profesional No. 365.499 del C.S de la J como apoderada de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 la AFP Protección S.A. y, del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de marzo del 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ISLENA MONTAÑA COPETE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia al RAIS efectuada a través de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR en el año 1994 por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante y por cuanto no se cumplió el deber de información; que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado a la AFP PROTECCION en el año 1998; que se declare que la demandante nunca ha efectuado un traslado válido en el RAIS; que se declare que se encuentra legalmente afiliada a Colpensiones. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR y PROTECCION a registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna afiliación válida a dicha entidad; condenar a la AFP PORVENIR y PROTECCION a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demanda y que consiste en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc.; condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de la fecha en que cumpla los requisitos legales; se condene a Colpensiones a actualizar la historia laboral de la demandante y, que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales. (fls. 02 a 03 archivo 001Demanda y archivo 006SubsanacionDemanda).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 06 de junio de 1968; que cotizó bajo el empleador TEXTILES ROMANOS S.A. desde el 30 de mayo de 1991 hasta el 03 de mayo de 1993, de forma ininterrumpida un total de 100,71 semanas cotizadas tal y como consta en la historia laboral expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES; que la



demandante cotizó bajo el empleador ESTUDIO ARTE TEXTIL, desde el 5 de abril de 1993 hasta el 16 de agosto de 1993, un total de 15 semanas tal y como consta en la historia laboral expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES; que la demandante cotizó bajo el empleador INTEXTIL, desde el 13 de octubre de 1993 hasta el 31 de julio de 1994, cotizó de forma interrumpida un total de 36,71 semanas tal y como consta en la historia laboral expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES; que para la fecha de dicho traslado de régimen la demandante había cotizado 152,43 semanas al Sistema General de Pensiones; que la demandante a la fecha de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual tenía un salario de \$452.000 M/Cte., que equivale a 3,8 salarios mínimos legales mensuales; que el 1 de agosto de 1994, la señora ISLENA MONTAÑA COPETE se afilió a la A.F.P. HORIZONTE HOY PORVENIR, a efectos de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó la nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 03 a 06 archivo 001Demanda archivo 006SubsanacionDemanda).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1 y 29; negó el 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 25 y 30 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 010ContestacionPorvenir).

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, 4, 5 y 31; negó el 32 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica



para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (archivo 011ContestacionColpensiones).

Finalmente, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 22, 23, 27 y 33; negó el 17, 18, 19, 20, 21, 24, 26 y 28; manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General De Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se 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. (archivo 013ContestacionProteccion).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere la señora ISLENA MONTAÑA COPETE, identificada con la cédula de ciudadanía. No 19.296.349, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A. el 01 de agosto de 1994 con fecha de efectividad 01 de septiembre de 1994, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

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

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE



FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., todos los valores que haber recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

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

Fundamentó su decisión la 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.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** impugnó la decisión de primera instancia solicitando se modifique la sentencia para que pueda conservar los gastos de administración los cuales se encuentran estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 7° de la Ley 797 del 2003; que a la demandante se le han generado una excelente rentabilidad por lo que no hay lugar a que se ordene la devolución de los gastos de administración.

La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia solicitando se adicione la sentencia proferida en primera instancia incluyendo los gastos de administración, pues declarada la ineficacia del traslado debe tenerse en cuenta que el negocio jurídico de afiliación jamás se surtió y por tanto, esos gastos debieron haber sido cancelados 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



Islena Montaña Copete, 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 COLPATRIA hoy PROTECCION en agosto de 1994 (fl. 38 archivo 010ContestacionPorvenir) y, posteriormente a la AFP HORIZONTE hoy PROTECCIÓN en noviembre de 1994 (fl. 37 archivo 010ContestacionPorvenir) y a DAVIVIR hoy AFP PROTECCION en el año 1998 (fl. 41 archivo 013ContestacionProteccion); 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 Islena Montaña Copete, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colpatria hoy 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 COLPATRIA hoy PROTECCIÓN, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico 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 por ser un fondo privado era mejor.

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

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 1994**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone 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 y PORVENIR, 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 **adicionará** el numeral segundo de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de las sumas descontadas a título de gastos de administración por la AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, y bonos pensionales. Es necesario señalar que no se hará referencia a la apelación de Protección frente a los gastos de administración como quiera que la sentencia de primera instancia no había ordenado dicha devolución.

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 segundo 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 PORVENIR Y 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: 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.

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

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



DEMANDANTE: MANUEL DEL CRISTO SARMIENTO EKER
CARMEN AMARILIS TRAVECEDO PADILLA

DEMANDADO: SANITAS EPS

RADICADO: 1100122050-00-2023-00229-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril 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 22 de septiembre de 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y ordenó a SANITAS EPS reembolsar a la actora la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE M/CTE (\$39'966.627=). (carpeta 15- SENTENCIA S-2022-000924 J-2020-1514)

ANTECEDENTES

Los señores MANUEL DEL CRISTO SARMIENTO EKER (en causa propia) y CARMEN AMARILIS TRAVECEDO PADILLA (compañera permanente) instauraron demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la EPS SANITAS el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de salud por servicios de salud POS ordenados por el médico tratante no suministrados por la EPS SANITAS con el fin de tratar el cáncer de próstata. (carpeta 1-radiado 202082305481642-demanda)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que por prevención todos los años le solicitaba al médico familiar de la EPS SANTAS le ordenara realizar una valoración general para verificar su estado de salud; que el 03 de diciembre del 2019 le hicieron entrega del resultado de la prueba PSA (ANTIGENO PROSTATICO ESPECIFICO) con un resultado de 11.4 ng/ml siendo este un signo de alarma de padecer cáncer de próstata; que el 13 de diciembre del 2019 asistió a una consulta con la Dra. Caicedo médica adscrita a la entidad accionada quien dado el resultado de la prueba PSA realiza una impresión diagnostica de hiperplasia de la próstata y como plan de tratamiento le ordena una ecografía de vías urinarias (riñones, vejiga y próstata transabdominal) y valoración con urología; que el 18 de diciembre del 2019 le realizan la ecografía de vías urinarias; que el 21 de diciembre del 2019 le realizan la ecografía testicular arrojando como conclusión que las características del testículo y epidídimo izquierdo pueden estar relacionadas a secuelas de procesos inflamatorios, testículo derecho de dimensiones en el límite superior de la normalidad; que el 21 de enero del 2020 es valorado por el urólogo quien le ordena un tratamiento farmacológico por 15 días, una vez finalizado el tratamiento debía realizarse nuevamente prueba PSA; que el 14 de febrero de 2020 le realizan nuevamente la prueba PSA obteniendo un resultado de 12.10 ng/ml, superior al resultado inicial; que el 12 de febrero del 2020 asistió a una consulta particular con un urólogo de la Fundación Santa Fe de Bogotá quien le ordenó una nueva prueba PSA la cual arrojó como resultado 13.89 ng/ml superior a las dos pruebas anteriores; que el urólogo le ordena realizarse una resonancia magnética de próstata en donde se determinó que presenta un moderado aumento del tamaño de la glándula prostática, con crecimiento dominante a expensas de la zona transicional por cambios hiperplásicos. Lesión focal nodular, de muy alta probabilidad de neoplasia clínicamente significativa en el aspecto anterior de la zona transicional, tercio medio izquierdo, sin signos de compromiso extra prostático. No hay adenomegalias pélvicas ni lesiones óseas sospechosas; que el 25 de febrero del 2020 regresó a cita de control con el Urólogo adscrito a la EPS accionada; quien al evidenciar una evolución no satisfactoria al tratamiento farmacológico y teniendo en cuenta las pruebas que le han realizado le hace entrega de un diagnóstico definitivo: TUMOR MALIGNO DE LA PRÓSTATA; que le ordenó realizarse una biopsia cerrada de próstata por saturación abordaje transrectal, una ecografía de próstata transrectal y una biopsia cerrada de próstata por abordaje

transrectal ; que el 17 de marzo del 2020 la EPS Sanitas le hizo entrega de la autorización de servicios dirigida a RADIO IMÁGENES RADIOLOGOS ASOCIADOS LTDA; que el 27 de marzo del 2020 su esposa asistió a la IPS para hacer entrega de la autorización y para solicitar cita para que le practicarán los exámenes ordenados en donde le indicaron que ellos se comunicarían para informarles la fecha de la cita; que el 06 de abril del 2020 viendo que no recibieron ninguna llamada se presentaron nuevamente en la IPS en donde le informaron que por la pandemia el profesional de la salud que realiza esos estudios no se encontraba laborando; el 13 de abril del 2020 formuló petición escrita ante la EPS Sanitas; que el 18 de abril del 2020 se presentaron nuevamente en la IPS para solicitar cita para la práctica de los exámenes ordenados por el médico tratante en donde le indicaron que por la pandemia no estaban realizando ningún procedimiento; que el 15 de abril del 2020 acudió a la IPS donde presta sus servicios el Urólogo pero dicha institución también se encontraba cerrada; que el 20 de abril del 2020 la EPS Sanitas le envía una nueva autorización en donde le indican que los servicios requeridos le serían prestados por la Clínica MARCARIBE, siendo necesario precisar que si bien el médico tratante ordenó 3 exámenes la EPS sólo autorizó 1; que ante la negativa injustificada por parte de la EPS para realizar los estudios diagnósticos a través de la red de prestadores de IPS de la ciudad de santa marta decidió contratar de manera particular los tratamientos necesarios para salvar su vida y recuperar su salud; que el 05 de junio le fueron realizado dos estudios diagnósticos para verificar si había metástasis y determinar el número de tumores malignos presentes en la próstata; que el 08 de junio del 2020 le realizaron la intervención PROSTATECTOMÍA RADICAL (EXTRACCIÓN DE LA PRÓSTATA) más LINFADENECTOMÍA PÉLVICA LAPAROSCÓPICA ASISTIDA CON ROBOT para remover los tumores malignos; que el 14 de julio del 2020 solicitó el reembolso, lo cual le fue negado. (carpeta 1-radiado 202082305481642-demanda)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada SANITAS EPS contestó la demanda señalando que se opone a lo pretendido al no existir fundamento normativo para lo pretendido por el usuario. Indica que el reconocimiento de los reembolsos por gastos

asumidos por los usuarios está taxativamente reglamentado en el ordenamiento jurídico colombiano. Señala que las afirmaciones del demandante carecen de sustento jurídico o factico, pues se le están brindando los servicios médico-asistenciales que ha requerido y que se encuentran dentro de la cobertura del POS. Que el reembolso es improcedente por cuanto el demandante tomó la decisión de realizarse el procedimiento en una IPS que no tiene convenio con la EPS Sanitas y sin previa autorización. Que no correspondía a una atención de urgencia sino a un servicio particular ambulatorio y que no existió negligencia comprobada de la EPS. Que no existe ninguna evidencia de la negación de servicios. (archivo 3-radicado202182300429992-contestación demanda Sanitas)

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 22 de septiembre del 2022, ordenó a SANITAS EPS pagar la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES NOVESENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE M/CTE (\$39'966.627=); que corresponde a los gastos en que incurrió por concepto de la atención. (ARCHIVO 15-SENTENCIA S-2022-000924 J-2020-1514)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de SANITAS EPS, interpuso recurso de apelación, argumentando que no existe prueba que demuestre que al usuario se le haya negado autorización y servicio alguno, pues las pruebas esgrimidas no son ciertas y no se efectuó una valoración de las mismas conforme al tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos (pandemia). Que se le han brindado todos los servicios médicos que ha requerido y que se encuentran dentro de la cobertura del POS. Que el accionante tomó la decisión de realizarse un procedimiento en una IPS que no tiene convenio con la EPS Sanitas y sin previa autorización. Que no correspondía a una atención de urgencias y que no existe negligencia

comprobada de la EPS. Que no hay evidencia de alguna negación de servicios.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *“el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

A su turno, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, dispone:

“RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.”

Sea lo primero indicar, que quien debía probar que efectivamente autorizó los servicios y procedimientos requeridos por el señor Manuel del Cristo Sarmiento Eker y que puso a su disposición una IPS en la cual le practicarán los exámenes requeridos conforme se le había ordenado por el médico tratante era la EPS accionada.

Al revisar las pruebas allegadas encuentra esta Sala de Decisión que le asiste razón a la Superintendencia al indicar que no bastaba con que la EPS expidiera autorizaciones de servicios, sino que debía garantizar la realización efectiva de los servicios requeridos, pues en este caso pese a contar con las autorizaciones, las IPS a las cuales fue remitido el actor por parte de sus EPS no agendaron las citas para la toma de los exámenes diagnósticos y posterior control con Urología, siendo claro que las solas autorizaciones no garantizan una atención integral al paciente.

Tampoco le asiste razón a la EPS SANITAS cuando señala que el procedimiento requerido por el señor Sarmiento Eker no correspondía a una urgencia, pues contrario a su dicho el médico Urólogo que la atendió señala que el diagnóstico es CÁNCER DE PROSTATA -PACIENTE CON ADENOCARCINOMA DE PROSTATA GRADO DE GLEASON 3 PACIENTE CON ENFERMEDAD TUMORAL QUE REQUIERE TRATAMIENTO QUIRURGICO y señala que este tipo de procedimientos oncológicos durante la pandemia son considerados prioritarios; razón por la cual se programa la intervención, por lo que es claro que si se trataba de una urgencia.

Virtud de lo dicho no queda otro camino que confirmar la decisión impartida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

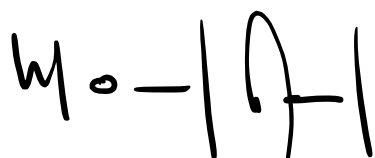
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre del 2022 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 17-2018-410-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ EDUARDO JIMÉNEZ Y OTROS

DEMANDADO: REMY IPS S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 7 de marzo de 2022 proferido por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la IPS demandada y la parte demandante.

ANTECEDENTES

Los señores JOSÉ EDUARDO JIMÉNEZ, LICETH CALDERÓN DUARTE, FLOR STELLA MUÑOZ, JEIMY ANDREA ORTIZ y PAOLA ANDREA VÁSQUEZ por intermedio de apoderado judicial, solicitan que se DECLARE que entre ellos y la demandada existió una relación de índole laboral, para el demandante José Jiménez entre el 6 de febrero de 2017 al 5 de febrero de 2018, solicitan se declare solidariamente responsables a los señores Gustavo Trujillo, Carolina Holguín y Juan Carlos Trujillo, de las sumas a pagar a su favor, que el

contrato que lo unió con la demandada fue a término indefinido y solicita se condene a esta al pago de prima de servicios, cesantía, interés a la cesantía, vacaciones, aportes a salud, pensión y riesgos profesionales, aportes a caja de compensación familiar, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, indemnización prevista en el artículo 65 del CST, indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e indexación de las sumas objeto de condena.

La demandante Liceth Calderón peticiona iguales condenas, solicitando la declaratoria de la relación laboral con la demandada entre el 27 de abril de 2017 al 5 de febrero de 2018.

Por su parte Flor Stella Muñoz peticiona la declaratoria de la relación laboral con la demandada entre el 5 de mayo de 2015 al 2 de febrero de 2018, Jeimy Orozco, entre el 15 de julio de 2016 al 1 de febrero de 2018 y Paola Vásquez entre el 9 de junio de 2016 al 11 de agosto de 2017.

Fundamentó sus pretensiones el demandante JOSÉ JIMÉNEZ señalando que prestó sus servicios a la IPS demandada – sede San Lucas de manera constante e ininterrumpida desde el 6 de febrero de 2017 al 5 de febrero de 2018, mediante contratos de prestación de servicio, desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería, que cumplía un horario asignado de lunes a viernes de 7:00 a.m., a 1: 00 p.m., y un fin de semana cada 15 días laboraba los días sábado y domingo de 7:00 a.m., a 7:00 p.m., que durante el tiempo que laboró para la demandada, recibía órdenes de sus jefes inmediatas Liceth Calderón y Zuly Espitia, recibiendo como remuneración a su labor, la suma de \$1.275.000, que a partir del mes de octubre de 2017, la demandada empezó a efectuar pagos de manera tardía y por ello, no le fue cancelado el salario de diciembre de 2017.

Indica que el 2 de febrero de 2018, no asistió a laborar por cuanto no contaba con los recursos para trasladarse a su lugar de trabajo, razón por la cual la demandada ante la inasistencia de otros trabajadores publicó un listado en la portería con su nombre prohibiéndole el ingreso a las instalaciones, por ello, se comunicó con la asistente de talento humano, quien le indicó que le haría llegar una copia de su contrato, carta de terminación del mismo y certificación laboral, los que no han sido proporcionados aún, que se le adeuda el 60% del

salario del mes de diciembre de 2017 y enero de 2018 en su totalidad, así como el pago total de sus acreencias laborales.

Por su parte la demandante Liceth Calderón, refiere que prestó sus servicios a la demandada de forma constante e ininterrumpida entre el 24 de abril de 2017 al 6 de febrero de 2018, mediante contratos de prestación de servicio, para desempeñarse en el cargo de enfermera jefe, cumpliendo el mismo horario asignado que el demandante antes mencionado y recibiendo órdenes de Patricia Moreno quien era su jefe inmediata, con un salario de \$2.350.000, que no le fue cancelado el salario correspondiente a diciembre de 2017, que posteriormente le consignaron el 40% de este y el 2 de febrero de 2018, no asistió a laborar, por no contar con recursos para movilizarse, siéndole igualmente prohibido el ingreso a la sede de la demandada, que se le adeuda el pago del salario restante de diciembre de 2017 y enero de 2018, así como el pago total de acreencias laborales.

La señora Flor Stella Muñoz, como situaciones fácticas personales esgrime que prestó sus servicios en la sede San Lucas entre el 4 de mayo de 2015 al 2 de febrero de 2018, en el cargo de auxiliar de enfermería, recibiendo órdenes e instrucciones por parte de Liceth Calderón y Zuly Espitia, quienes eran jefes de enfermería, que devengaba la suma de \$1.400.000 y su vinculación finalizó por el mismo motivo que los demás demandante, el 2 de febrero de 2018.

Jeimy Ortiz Orozco refiere que su vinculación con la demandada tuvo lugar entre el 15 de julio de 2016 al 1 de febrero de 2018 a través de contratos de prestación de servicios, desempeñándose como auxiliar de enfermería, en igual horario que los demás demandantes y devengando la suma de \$1.380.000.

Por último, la señora Paola Vásquez indicó que se vinculó con la demandada a través de contratos de prestación de servicio entre el 9 de junio de 2016 al 11 de agosto de 2017, para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería, recibiendo como contraprestación a su labor la suma de \$1.348.000, que la señora Liliana Cristancho, quien fungía como una de sus jefes le indicó que sería trasladada a laboral a la ciudad de Medellín, trasladándose el 2 de julio de 2017, que estando ubicada en dicha ciudad, le indicaron que no había sido terminado su contrato, por lo que debía renunciar irrevocablemente para

efectuar una nueva vinculación en Medellín y en esa ciudad fue vinculada través de contrato de prestación de servicios por 6 meses, el que inició el 3 de julio de 2017 e iría hasta 2 de enero de 2018, que el 11 de septiembre de 2017, le fue terminado su contrato.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la acción los demandados REMY IPS S.A.S., CAROLINA HOLGUÍN, LUIS ALEJANDRO ALFONSO y JUAN CARLOS TRUJILLO se opusieron a las pretensiones, aceptaron el hecho 2.57 referente a la suscripción de contrato de prestación de servicios de la demandante Paola Vásquez en la ciudad de Medellín y negaron los demás. Propusieron las excepciones de mérito que denominaron inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, pago, buena fe y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JOSÉ EDUARDO JIMÉNEZ MEJÍA, identificado con la C.C. No. 1.012.367.709 como trabajador y la demandada REMY IPS S.A.S., como empleadora, existió, en aplicación de la primacía de la realidad, un contrato de trabajo entre el 6 de febrero de 2017 y el 5 de febrero de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada REMY IPS S.A.S., a pagar a favor del demandante señor JIMÉNEZ MEJÍA, los siguientes conceptos y valores así:

a) \$1'271.458 por auxilio de cesantía, b) \$152.575 por intereses de cesantías, c) \$1'271.458 por primas de servicios, d) \$635.729 por compensación de vacaciones, e) \$1'275.000 por indemnización por despido sin justa causa, f) \$30'600.000 por sanción moratoria desde el 6 de febrero de 2018 y el 6 de febrero de 2020, y a partir del 7 de febrero de 2020, pagar intereses de mora a la más alta tasa vigente, según la certificación de la Superintendencia Financiera de Colombia, g) pago de aportes a seguridad social en pensión durante el tiempo en que se declaró la existencia del contrato de trabajo, y sobre un ingreso base de cotización de \$1'275.000 M/Cte.

TERCERO: DECLARAR que entre la señora FLOR STELLA MUÑOZ BUITRAGO, identificada con la C.C. No. 20.946.464 como trabajadora y la demandada REMY IPS S.A.S., como empleadora, existió, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, un contrato de trabajo entre el 7 de noviembre de 2015 al 5 de febrero de 2018.

CUARTO: CONDENAR a la demandada REMY IPS S.A.S., a pagar a favor de la señora MUÑOZ BUITRAGO, los siguientes conceptos y por los valores que a continuación se discriminan: a) \$1'532.222 por auxilio de cesantía, b) \$33.117 por intereses de cesantías, c) \$1'532.222 por primas de servicios, d) \$766.111 por compensación de vacaciones, e)

\$2'588.889 por indemnización por despido sin justa causa, f) \$33'600.000 por sanción moratoria desde el 6 de febrero de 2018 y el 6 de febrero de 2020, y a partir del 7 de febrero de 2020, pagar intereses de mora a la más alta vigente, certificada por la Superintendencia Financiera, en los términos señalados; g) pago de aportes a seguridad social en pensión durante el tiempo en que se declaró el contrato de trabajo, sobre un ingreso base de cotización de \$1'400.000 M/Cte.

QUINTO: DECLARAR *que entre la señora JEIMY ANDREA ORTIZ OROZCO, identificada con la C.C. No. 1.024.471.508 como trabajadora y la demandada REMY IPS S.A.S. como empleadora, existió, en aplicación de la primacía de la realidad, un contrato de trabajo entre el 15 de julio de 2016 al 1 de febrero del 2018.*

SEXTO: CONDENAR *a la demandada REMY IPS S.A.S., a pagar a la demandante señora ORTIZ OROZCO, los siguientes conceptos y valores: a) \$1'495.000 por auxilio de cesantía, b) \$16.141 por intereses de cesantías, c) \$1'495.000 por primas de servicios, d) \$747.500 por 522 compensación de vacaciones, e) \$1'878.333 por indemnización por despido sin justa causa, f) \$33'120.000 por sanción moratoria entre el 2 de febrero de 2018 y el 2 de febrero de 2020, y a partir del 3 de febrero de 2020, deberá pagar intereses de mora a la más alta vigente certificada por la Superintendencia Financiera, en los términos ya señalados, g) pago de aportes a seguridad social en pensión durante el tiempo que se declaró el contrato de trabajo, sobre un ingreso base de cotización de \$1'380.000 M/Cte., aclarando que, deberá solicitarse cálculo actuarial al momento del pago para todos los casos de esta condena.*

SÉPTIMO: DECLARAR *que entre la demandante LICETH CLEMENCIA CALDERÓN DUARTE, identificada con la C.C. No. 1.022.395.675 como trabajadora y la demandada REMY IPS S.A.S. como empleadora, existió, en aplicación de la primacía de la realidad, un contrato de trabajo entre el 24 de abril de 2017 al 5 de febrero de 2018.*

OCTAVO: CONDENAR *a la demandada REMY IPS S.A.S., a pagar a favor de la demandante CALDERÓN DUARTE, los siguientes conceptos y valores: a) \$1'814.722 por auxilio de cesantía, b) \$217.767 por intereses de cesantías, c) \$1'814.722 por primas de servicios, d) \$907.361 por compensación de vacaciones, e) \$2'350.000 por indemnización por terminación del contrato sin justa causa, f) \$56'400.000 por sanción moratoria entre el 6 de febrero de 2018 y el 6 de febrero de 2020, y a partir del 7 de febrero de 2020 deberá pagar intereses de mora a la más alta vigente certificada por la Superintendencia Financiera, según lo analizado, g) el pago de aportes a seguridad social en pensión durante el tiempo en que se declaró el contrato de trabajo, sobre un ingreso base de cotización de \$2.350.000 M/Cte.*

NOVENO: DECLARAR *que entre la señora PAOLA ANDREA VÁSQUEZ GIRALDO, identificada con la C.C. No. 43.758.384 como trabajadora y la demandada REMY IPS S.A.S. como empleadora, existió, en aplicación de la primacía de la realidad, un contrato de trabajo entre el 3 de agosto de 2016 al 11 de septiembre de 2017.*

DÉCIMO: CONDENAR *a la demandada REMY IPS S.A.S., a pagar a favor de la demandante VÁSQUEZ GIRALDO, los siguientes conceptos y valores: a) \$1.490.289 por auxilio de cesantía, b) \$94.800 por intereses de cesantías, c) \$1'490.289 por primas de servicios, d) \$745.144 por compensación de vacaciones, e) \$32'352.000 por sanción moratoria entre el 12 de septiembre de 2017 y el mismo día y mes del año 2019, y a partir del 13 de septiembre de 2019, deberá pagar intereses de mora a la más alta vigente para los créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera, en los términos ya señalados, g) pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensión durante el tiempo que se declaró*

la existencia del contrato de trabajo y sobre un salario base de cotización de \$1'348.000 M/Cte.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, pago y compensación, alegadas por la demandada REMY IPS S.A.S., según lo analizado.

DÉCIMO SEGUNDO: ABSOLVER a REMY IPS S.A.S., de las demás pretensiones incoadas en su contra. **DÉCIMO TERCERO:** ABSOLVER a los señores JUAN CARLOS TRUJILLO VELÁSQUEZ, CAROLINA HOLGUÍN TAFUR y GUSTAVO TRUJILLO RUMIÉ, de todas las pretensiones incoadas en su contra. 523

ACLARACIÓN: Se aclara el ordinal Décimo Primero, las excepciones no probadas, y se DECLARA DE OFICIO la inexistencia de la solidaridad invocada.

DÉCIMO CUARTO: CONDENAR en costas procesales a la codemandada REMY IPS S.A.S., a favor de los demandantes, en proporción del 80%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación e inclúyase agencias en derecho, a cargo de la demandada por valor de \$ 5'000.000 M/Cte., valor que se distribuirá en proporciones iguales a favor de cada uno de los demandantes.

DECISIÓN: SE DISPONE CORRECCIÓN Y ADICIÓN DE LA SENTENCIA Constatados los valores a que hace alusión el apoderado, se constata que se presentó un error aritmético al momento de anunciar los valores reconocidos a favor de las demandantes Flor Stella Muñoz Buitrago y Jeimy Andrea Ortiz Orozco, por lo tanto, se procede a su corrección así: "Se dispone que a favor de la demandante Flor Stella Muñoz Buitrago, se pague la suma de \$3'142.222 a título de auxilio de cesantía, la suma de \$377.067 por intereses de cesantía, la suma de \$3'142.222 por prima de servicios y la suma de \$1'571.111, por concepto de vacaciones. Se dispone que a favor de la demandante Jeimy Andrea Ortiz Orozco, se pague la suma de \$2'131.333 a título de auxilio de cesantía, la suma de \$255.760 por intereses de cesantías, la suma de \$2'131.333 por primas de servicios, y \$1'065.667 por concepto de compensación de vacaciones (min. 00:12 a 02:59 del Video No. 2).

Adición: De otro lado, advertida una omisión al momento de indicar las condenas a favor de los demandantes, se dispone adicionar, de oficio, la sentencia de la siguiente manera: Se dispone que a favor de la demandante Flor Stella Muñoz Buitrago, se pague la suma de \$32'933.333, por sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía a un fondo administrador de cesantías. Se dispone que a favor de la demandante Jeimy Andrea Ortiz Orozco, se pague la suma de \$15'962.000, por sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía a un fondo administrador de cesantías. Se dispone que a favor de la demandante Paola Andrea Vásquez Giraldo, se pague la suma de \$9'301.200, por sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía a un fondo administrador de cesantías.

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

De acuerdo con las documentales que obran en el expediente, podemos desde ya afrontar entonces los siguientes extremos, temporales, En el caso del señor José Eduardo Jiménez Mejía de acuerdo con la certificación de folio 51, los servicios se prestaron entre el 6 de febrero de 2017 y el 5 de febrero de 2018 devengando como remuneración la suma mensual de \$1.275.000, en el caso de la demandante Muñoz Buitrago tenemos obrando a folio 63 un carnet y una certificación laboral de folio 64 que indica los extremos temporales del 7 de noviembre 2015 al 5 de febrero de 2018 y devengando un salario de \$1.400.000, en el caso de la demandante Ortiz Orozco, la

certificación obra a folio 78 y tenemos como extremos de tiempo el 15 de julio de 2016 al 1 de febrero de 2018 y un salario o una remuneración de \$1.380.000, obra también una prórroga del contrato de prestación de servicios; en el caso de la demandante, Calderón Duarte, tenemos obrando a folio 96 la certificación emitida por la demandada que da cuenta de sus servicios del 24 de abril de 2017 al 5 de febrero de 2018 y se certifica un salario de \$2.350.000, en un documento de folio 102, en el caso de la demandante Vázquez Giraldo la constancia laboral de folio 130, da cuenta de que los extremos temporales corresponden al 6 de agosto de 2016 al 11 de septiembre de 2017 y se establece además, que la remuneración que devengaba era de \$1.348.000, conforme obra a folio 106, Por su parte en la demanda una vez notificada Remy Ips S.A.S una vez notificada en su defensa, se limitó a indicar que las pretensiones de los demandantes carecen de fundamento fáctico y jurídico, y señaló que la relación que unió a las partes obedeció o se desarrolló bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios, por lo que defendió la legalidad de ese nexo y defendió de esa manera el vínculo civil que adujo se celebró con los demandantes.

Sentado lo anterior, entonces se procede a plantear el problema jurídico a que se contrae esta controversia, que sin duda corresponde a un asunto de trabajo y que consiste en determinar básicamente si los demandantes demuestran prestación personal de un servicio a favor o por cuenta de la sociedad demandada, determinar la modalidad del contrato sus extremos temporales, determinar circunstancias, determinación del nexo y si hay lugar declarar la existencia del contrato de trabajo en la forma que reclaman los demandantes, también deberá el despacho pronunciarse con respecto al reconocimiento y pago de las acreencias sociales pretendidas y determinar si estamos frente al pago de estas obligaciones y determinar además también como problema jurídico esencial la solidaridad que se invoca con las personas naturales, o demandadas en su calidad de miembros de la persona jurídica demandada. Siendo así y en aras de avanzar en la respuesta al problema jurídico propuesto conviene empezar por recordar que el artículo 22 del CST, define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración para que se configure el contrato de trabajo, agrega el artículo 23 del mismo estatuto que deben concurrir 3 elementos esenciales que son; la actividad personal del trabajador, es decir realizada por sí mismo de la continua subordinación del trabajador respecto al empleador y que faculta a este para imponer órdenes, restricciones, respecto de modo tiempo y cantidad de trabajo, la cual debe mantenerse durante toda la vigencia del contrato y un salario como retribución del servicio que corresponde a la contra prestación que recibe el trabajador por la labor que ejecuta siendo importante recordar que el contrato de trabajo tiene un carácter retributivo, precisando además que la distancia de contrato de trabajo en el elemento de la subordinación y que cuando está presente se da una relación de carácter laboral regida por las normas de esta naturaleza, por lo que se excluye el concepto de autonomía o libertad o independencia en la ejecución de la labor. A su vez, el artículo 24 del estatuto sustantivos citado, modificado por el artículo segundo en la ley 50 de 1990, consagra la presunción legal en el sentido de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo; sin embargo, para que opere esa presunción a favor del trabajador es menester demostrar primero la prestación personal de un servicio a favor o por cuenta de otra persona natural o jurídica y este primer elemento sustancial de la relación laboral debe ser demostrado por quien alega la condición de trabajador o trabajadora, importa también precisar que esta presunción es de carácter legal lo que significa que es posible desvirtuarla siendo esa una carga que incumbe a la persona respecto de la cual se predica la condición de empleadora por haber sido esta la beneficiada con los servicios, por tanto, es suficiente demostrar ese primer elemento para que operen los efectos de la presunción referido y eso es precisamente lo que se presenta en el caso que nos ocupa, pero la prestación personal de servicios si es aceptada por la demandada desde la contestación de la demanda, atribuyendo a sus servicios a un vínculo jurídico distinto al laboral. Por eso resulta importante definir brevemente el contrato de prestación de servicios para que al comparar ese concepto con el recuento fáctico y las pruebas recogidas pueda este juzgador disponer de los elementos de juicio para definir finalmente si a alguna de las partes le asiste la razón.

Así entonces recordemos que el contrato de prestación de servicios entre particulares como el caso que nos ocupa, constituye una relación jurídico contractual a través de la cual se encarga el desarrollo de una actividad específica que requiere conocimientos especializados y donde la característica principal es la ausencia de subordinación, es decir entre quien presta los servicios contratista y el que se beneficia contratante, no existe la facultad general concedida por la Ley social a este último de impartir órdenes e imponer reglamentos internos a los cuales deba someterse el contratista, bien quien presta estos servicios, es independiente y cuenta con total autonomía para la ejecución del objeto contractual y no está sujeto a reglamentos ordenes o instrucciones exceptuando las directrices necesarias para el cumplimiento cabal del objeto del contrato, para eso según lo ha precisado la jurisprudencia se habla de trabajador independiente y el contrato debe celebrarse por el término estrictamente necesario. Definidos entonces estos conceptos no queda más que remitirnos a las pruebas obrantes en el expediente para tratar de establecer entonces si una vez aplicada la presunción legal a favor de los demandantes, la demandada cumplió con la carga probatoria de demostrar que la relación se rigió por un contrato diferente al laboral. Por lo que aprovecharemos entonces el análisis de las probanzas arrojadas y qué mejor que iniciar la valoración a través del análisis de la prueba de los interrogatorios absueltos por Flor Estela Muñoz Buitrago, Jenny Andrea Ortiz Orozco y Giselle clemencia Calderón Duarte en la audiencia celebrada el día 16 de noviembre de 2019 a partir del minuto 29.54, de las preguntas formuladas se puede extraer que informan que cumplían un horario de trabajo asignado, realizaban la labor de enfermería y auxiliares de enfermería de manera personal y que entre la terminación de un contrato y el inicio de otro continuaban trabajando, así mismo obran las planillas de pago, las cartas de terminación del contrato y algunas de las copias de extractos bancarios, documento de folios 198 a 387, adicional a lo anterior entonces se recibieron las declaraciones de Paula Andrea Vásquez Giraldo, Flor Estela Muñoz Buitrago, Jenny Andrea Ortiz Orozco, Giselle clemencia Calderón Duarte y José Eduardo Jiménez Mejía, demandantes en este proceso y quienes a su vez rindieron testimonio en relación con los hechos de sus compañeros. Según la prueba recaudada en la audiencia celebrada el día 25 de mayo 2021, a partir del minuto 7.30 al minuto 32.33 del video.

Entonces, estas pruebas tenemos que los declarantes cada uno afirma fueron claros en señalar que cumplían un horario de trabajo según la asignación de turnos semanales, que para ausentarse en sus labores debían solicitar un permiso a la coordinadora y buscar una persona que les cubriera en el turno, contaban con un carné de identificación, les proveían los elementos de trabajo, tales como gafas, jeringas, algodón, con lo cual atendían a los pacientes, precisaron además que la empresa no les entregaba dotación personal, informaron que para recibir la remuneración pactada era necesario presentar una planilla con el pago de aportes a Seguridad Social integral, el ingreso y salida a la sede de la IPS era controlado a través de un libro que manejaba el vigilante de turno, que para finales del año 2017, se empezó a incumplir con el pago de su remuneración y manifestaron que al no presentarse a trabajar un día, al día siguiente les prohibieron el ingreso a la sede de la IPS; revisados entonces los testimonios recibidos resulta claro entonces que en efecto se establece que entre la demandada Ips Remy y los demandantes, se firmó un contrato de prestación de servicios; sin embargo las condiciones de ejecución de ese contrato, obedecieron en la realidad a un contrato de trabajo, como claramente se extrae de las probanzas reseñadas, por lo que vistos así estos elementos de prueba no es posible acoger los argumentos de defensa propuestos por la demandada que reitero, se limitó a insistir en la naturaleza civil de los contratos de prestación de servicios suscritos con los demandantes y allegó algunas planillas de pago que obran a folio 198 a 387; lo anterior se suma a que en diligencia del pasado 26 de noviembre de 2019, según acta de folios 489 a 491, en aplicación a las sanciones procesales previstas en el artículo 77 del CPTSS, se indicó que se tendrían los hechos de Confesión ante la inasistencia al representante legal de la demandada y en las personas naturales a quienes se les dio la oportunidad de justificarse, sin que atendieran tal requerimiento como tampoco su comparecencia a la diligencia 25 de mayo de 2021; luego entonces es claro y obra a favor de los demandantes, la presunción referida a la cual se mantuvo incólume real finalmente no se logró desvirtuar y esta conclusión no pierde sustento probatorio, aún si reparamos en el hecho procesal de que se impuso sanción también a los demandantes, José Eduardo Jiménez Mejía y Paula Andrea Vásquez Giraldo quienes justificaron su inasistencia según actas de folios, 492

a 492 hago claridad que en principio se les impuso la misma sanción, pero ellos sí justificaron su inasistencia, según documento de folios 492 a 496.

Así entonces, considera este sentenciador que el análisis conjunto de los medios de prueba y de manera concreta en los testimonios recibidos, los cuales se exhiben espontáneos conducentes y pertinentes y a pesar de los reparos que en un principio formuló este sentenciador a las circunstancias de que los demandantes a su vez rindieran testimonio a petición de sus compañeros, auto que fue revocado por el Tribunal Superior en proveído del 3 de marzo 2020, oportunidad en la cual el tribunal señaló la procedencia de la prueba y ordenó retener los testimonios en la forma que fue solicitada por el apoderado de los demandantes, prueba que dicho sea de paso, sirvió para ratificar los hechos que cada demandante narró como sustento de sus pretensiones, por lo que resulta evidente entonces que nos encontramos frente a un verdadero contrato de trabajo, atendiendo además a que la naturaleza de las labores encomendadas a los demandantes encaja perfectamente dentro de un contrato de trabajo con las labores de auxiliar de enfermería o jefe de enfermería como el caso de la demandante Giselle Calderón son tareas y labores que no se pueden ejecutar en virtud de un contrato distinto al contrato laboral, pues exigen que se ejecuten dentro de un marco de tiempo, es decir un horario de trabajo están sujetos a órdenes directrices de reglamentos internos, instrucciones de un empleador y claramente el elemento de la remuneración se encuentra absolutamente demostrado a través de las planillas de pago y demás elementos obrantes en el expediente, luego entonces, la conclusión que necesariamente se tiene que plasmar es que los demandantes en el efecto prestaron sus servicios en ejecución de un verdadero contrato de trabajo, pues a los ojos de este sentenciador están reunidos todos los elementos necesarios para encontrarnos frente a un verdadero contrato incluso se reitera atendiendo la sola circunstancia de la actividad cumplida por los demandantes, auxiliares de enfermería y jefe de enfermería en el caso de Giselle Calderón, cuestión que ya de por sí resulta suficiente para ratificar la índole jurídica del nexo laboral y descartar la presencia de un contrato civil de prestación de servicios, como lo quiso exponer en su defensa la sociedad demandada.

Sentadas estas premisas entonces y partiendo de la base de que los contratos están debidamente demostrados conforme a las documentales ya reseñadas, se procederá al estudio de las súplicas de la demanda: auxilio de cesantías y sus intereses, prima de servicios y vacaciones; derechos estos consagrados en los artículos 249 del CST y 98 y siguientes de la Ley 50 del 90. Por su parte, los intereses están consagrados en el numeral tercero y en el artículo 1 de la Ley 52 de 1965, el auxilio de cesantías recordemos corresponde a un mes de salario por cada año de servicio y en forma proporcional por fracción de año y un 1% mensual sobre el valor del auxilio de cesantía que se liquida a título de intereses de esta prestación social; acreencias sociales respecto de las cuales no se refleja pago alguno en el expediente, atendiendo además a que la demandada negó la índole laboral del vínculo que la unió con los demandantes, por su parte las primas de servicios están consagradas en el artículo 306 del CST y se definen como una participación que se hace a los trabajadores de las autoridades de la empresa y las vacaciones están consagradas en el artículo 189 del CST. Efectuada las operaciones matemáticas correspondientes tenemos entonces lo siguiente: para el demandante, José Eduardo Jiménez Mejía, el contrato se tuvo vigencia entre el 6 de febrero de 2017 y el 5 de febrero de 2018, de acuerdo a la certificación de folio 51 tenemos entonces que el salario base para liquidar esas prestaciones y estas acreencias corresponde a \$1.275.000 mensuales para el año 2017, igual valor para el año 2018, el año 2017 tenemos del 6 de febrero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, que es decir 325 días, el auxilio de cesantías alcanza la suma de \$1.151.042, los intereses, \$138.125, prima de servicios \$1.151.042 y la compensación de vacaciones, \$575.521. Para el año 2018 el contrato tuvo vigencia del 1 de enero al 5 de febrero de 2018, es decir 34 días, el auxilio de cesantías, \$120.417, los intereses, \$14.450, la prima de servicios, \$120.417 y la compensación de vacaciones \$60.208.

En torno al despido entonces, se hace preciso señalar que corresponde al trabajador demostrar que la terminación del contrato fue iniciativa del empleador y a su vez el empleador deberá demostrar que la decisión se apoyó en una justa causa o en el modo de los previstos por la ley para terminar el contrato, a partir de estas premisas tenemos en el caso que nos ocupa, lo siguiente; obra el expediente, carta de terminación de

contrato de cada uno de los demandantes, según documento de folio 526580 y 97 comunicaciones que aparecen suscritas por la gerente general de Remy IPS S.A.S en la que señala textualmente lo siguiente” Le informa que termina de manera unilateral el contrato de prestación de servicios, esta determinación se toma por su incumplimiento de las obligaciones pactadas en el mencionado contrato”, por lo que a la luz entonces de este supuesto, es decir la decisión unilateral del empleador de terminar el contrato le correspondía a este demostrar la justa causa invocada sin que en ninguna de las misivas entregadas se señale de manera concreta y específica, cuáles fueron las conductas, omisiones que configuraron el incumplimiento señalado en la respectiva misiva. Por lo anterior resulta evidente que la decisión de terminar los contratos por parte de la empleadora no se ajustó a una causa legal ni fue demostrado un modo legal de terminación del contrato, por lo que deben imponerse la condena a título de indemnización por terminación sin justa causa del contrato conforme a lo estipulado en el inciso cuarto del artículo 64 del CST. Así entonces corresponde los siguientes valores: para el señor José Eduardo Jiménez la indemnización asciende a \$1.275.000, para Flor Estela Muñoz, la indemnización alcanza \$2.588.889, para Jenny Andrea Ortiz la indemnización asciende a \$1.878.333, para Giselle Calderón la indemnización asciende a \$2.350.000. Sobre esos valores se ordenará la indemnización como se indicará en acápite posterior de esta providencia, resulta importante además señalar que la situación que se estableció en relación a Paula Andrea Vázquez Giraldo, es distinta y que amerita absolver a la demandada de esta pretensión, a folio 124 del expediente milita comunicación de renuncia, en la que la trabajadora señala “me permito expresar mi deseo de renunciar al cargo que vengo desempeñando como auxiliar de enfermería, dicha decisión la he tomado por iniciativa propia y corresponde al cambio de ciudad”. Siendo así resulta evidente entonces que en el caso de la demandante en mención, la decisión de terminar el contrato, no provino de la empleadora y fue una decisión del trabajador que decidió terminar la relación que la unía con la demandada.

Aportes a Seguridad Social: reclaman los demandantes el pago de aportes al sistema de Seguridad Social integral de pensiones, salud y riesgos laborales, sustentan su pretensión en que nunca le fueron pagados los aportes a pensión durante el tiempo que prestaron sus servicios. El artículo 53 de la CP, establece como garantía fundamental en materia de derechos sociales el principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, el cual refleja el sentido reivindicativo y proteccionista que para todo trabajador tiene el derecho laboral; de tal forma que las garantías establecidas a su favor no pueden 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 y prerrogativas al ser reconocidos se sustraigan a los postulados de la autonomía de la voluntad privada tal y como 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. Precisamos además que en materia el derecho a la Seguridad Social y de manera concreta el derecho a recibir los aportes al sistema pensional, 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; resulta también preciso recordar que la Ley 100 de 1993 estableció el sistema de Seguridad Social integral, cuya estructura se encuentra conformada por 3 ejes: pago de pensiones; pago de salud y el pago de riesgo laboral; desde este punto de vista el objeto de la seguridad social integral constituye garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para tener la calidad de vida acorde con la dignidad humana y ante la protección de las contingencias que la rigen, como mencioné los subsistemas son entonces, pensiones, salud, riesgos profesionales con el sistema de pensiones se busca que es el que debe concentrar la atención en esta providencia, está diseñado para que con los aportes conjuntos que efectúen el empleador y el trabajador y durante el tiempo legalmente determinado pueda el trabajador acceder a una prestación económica pensional ya sea en razón de cumplimiento de la edad o cuando circunstancias desafortunadas de la vida y origen común le traigan como consecuencia una disminución de su capacidad laboral y en el caso de su fallecimiento, la posibilidad de transmitir ese derecho pensional a sus beneficiarios, este sistema además consagra la obligación a cargo de las empresas administradoras de fondos de pensiones, para que una vez surja la obligación legal, le responda al afiliado por las prestaciones económicas consagradas en el sistema.

Por lo anterior es claro que la omisión en la afiliación al sistema integral de Seguridad Social en pensiones y la omisión en el pago de los aportes a pensión se traduce en una vulneración del derecho fundamental a la Seguridad Social que ampara a los trabajadores y puede cruzar de la expectativa a un eventual derecho pensional que es precisamente el argumento a favor de los demandantes para acceder a las pretensiones incoadas en este punto, por lo que advertida la omisión por parte del empleador, lo procedente es ordenar el pago de los aportes al sistema de pensiones por aquellos periodos durante los cuales se estableció el contrato de trabajo. Sobre este particular el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, señala “Para tal efecto descontará del salario de cada afiliado al 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, el empleador; finaliza la norma diciendo; responderá por la totalidad del aporte aún en el evento, de que no hubiera efectuado el descuento al trabajador, por consiguiente y teniendo en cuenta que se encuentra demostrado que la demanda no afilió ni pagó los aportes a pensión a cada uno de los demandantes se condenará a Remy Ips S.A.S en calidad de empleadora, a pagar a favor de los demandantes y en el sistema de pensiones que ellos indiquen a órdenes de la entidad destinataria de los aportes, los valores correspondientes a las cotizaciones de los periodos ya señalados que se establecieron como cada uno de los extremos de tiempo del contrato de cada demandante y sobre la base salarial ya reseñada o ingreso base de cotización ya reseñado.

Pago de aportes a salud, riesgos profesionales y caja de compensación familiar: Esas pretensiones también son materia de reclamación por parte de los actores, sin embargo, mientras el vínculo laboral esté vigente les asiste el derecho a los trabajadores a reclamar el pago de aportes a estos subsistemas, pero una vez finalizado el vínculo en materia de pagos de aportes a salud, riesgos profesionales, caja de compensación familiar, no procede condena porque estos pagos no pueden efectuarse ni ordenarse en forma retroactiva, por lo que esta pretensión de los demandantes no puede ser acogida.

Indemnización, moratoria: el artículo 65 del CST, prevé que si a la terminación del contrato el empleador no paga a sus trabajadores los salarios y prestaciones debidos tendrá a su cargo o a título de sanción pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses, esa sanción recordemos, además, no es de aplicación automática ni inexorable como lo ha orientado nuestro máximo Tribunal de Justicia en la especialidad del trabajo, por lo que para cada caso debe analizarse las circunstancias particulares y determinar la procedencia o no de tan drástica sanción; recordemos además que si en el expediente se logran establecer circunstancias de las que puede inferirse que el empleador actúa acompañado de buena fe al no pagar o retardar las acreencias sociales a favor de sus trabajadores el operador judicial debe abstenerse de imponer condena, circunstancia que también podría aplicarse cuando se establece que la conducta omisiva obedeció a un error de interpretación de una norma, en el presente caso resulta evidente que ninguna de estas circunstancias a favor de la demandada se encuentra demostrada y antes por el contrario está plenamente establecido que los contratos que llegaron a los demandantes con la demandada se hicieron en el marco de una verdadera relación laboral en ejecución del actual empleadora debió pagar lo adeudado por concepto de salarios, prestaciones sociales y demás derechos a favor de sus trabajadores, circunstancia que finalmente no quedó demostrada en el expediente pues la demandada no logró traer tal convencimiento acerca de una buena fe o algún fundamento que la eximiera de la sanción moratoria.

En síntesis, se condenará a pago de sanción moratoria así; en el caso del demandante José Eduardo Jiménez, la moratoria diaria será de \$42.500 a partir del 6 de febrero de 2018 y hasta el mismo día y mes del año 2020, asciende a \$30.600.000, en el caso de Flor Estela Muñoz la moratoria diaria es de \$46.666 pesos y se cuantificará entre el 6 de febrero de 2018 y el mismo día y mes del año 2020, asciende a \$33.600.000; en el caso de Yeimmy Ortiz la moratoria es de \$46.000 mil pesos a partir del 2 de febrero 2018 y hasta el mismo día y mes del año 2020, asciende la condena a \$33.120.000; en el caso de Giselle Calderón la moratoria diaria es de \$78.333 pesos, a partir del 6 de febrero 2018 y hasta el mismo día y mes del año 2020, asciende a \$56.400.000, en el

caso de Paola Andrea Giraldo, el salario diario que se tendrá en cuenta para la moratoria es de \$44.933 y se liquida del 12 de septiembre de 2017 al mismo día y mes del año 2019, asciende a \$32.352.000, debe precisarse además que en el caso de todos los 5 demandantes se ordenará pagar intereses de mora a la más alta tasa vigente certificada por la superintendencia financiera que se aplicará a los conceptos de salarios pendientes, auxilio de cesantía y primas de servicios desde el día 5 a la moratoria establecida y hasta cuando sean efectivamente cubiertas las obligaciones a su cargo, aplicando entonces esos intereses moratorios una vez vencido el término de 24 meses que se cuantifica para la condena de interés de sanción moratoria.

También reclama los demandantes la sanción por no pago el auxilio de cesantías o mejor por no consignación del auxilio de cesantía al fondo de los creados por la Ley 50 del 90 para el efecto invocan el artículo 99 numeral tercero de la Ley 50 de ese año. En el presente caso quedó demostrado que la demandada no pagó el auxilio de cesantía, no consignó el auxilio de cesantía a favor de los trabajadores a través de un fondo mixto de cesantía creado por la Ley 50 del 90, por lo que procede la condena. En el caso de José Eduardo Jiménez Mejía, no se alcanza a configurar mora toda vez que el contrato finalizó el 5 de febrero de 2018 lo que significa que finalizó antes de que se cumpliera el término concedido por la ley al empleador para consignar las cesantías, en el caso de Flor Estela Muñoz Buitrago tenemos entonces que se causa así la cesantía causada 31 de diciembre de 2015 se condena moratoria entre el 15 de febrero de 2016 y el 14 de febrero de 2017, las del año 2016 se condena moratoria desde 15 de febrero de 2017 al 5 de febrero de 2018 en esa fecha culminó la relación laboral, es decir que la moratoria hasta 711 días con una base salarial de \$41.267 por lo que atiende la moratoria en su caso a \$32.932.333 pesos, respecto al auxilio de cesantía del año 2018, no se causó mora toda vez que el contrato terminó antes del vencimiento del término que consagra la norma. En el caso de la demandante Ortiz Orozco, tenemos que el auxilio de cesantía causado el 31 de diciembre de 2016, Se condena a la moratoria entre el 15 de febrero de 2017 y el 1 de febrero de 2018 en razón a 347 días de mora y sobre una base \$46.000 diarios para un total de \$15.962.000, en relación con el auxilio de cesantías al año 2017 y 2018 no se causó mora, toda vez que el contrato finalizó antes del vencimiento del término para la consignación del auxilio. Para Liceth Clemencia a Calderón no se causó mora toda vez que el contrato finalizó antes del vencimiento del término recordemos que el contrato finalizó el 5 de febrero de 2018 y la empleadora tenía hasta el 14 de febrero para consignar el importe correspondiente y en el caso de Paula Andrea Vázquez Giraldo, tenemos que el auxilio de cesantías causado el 31 de diciembre de 2015, genera el pago de una moratoria 15 de febrero de 2017 y el 11 de septiembre de ese mismo año, fecha en que terminó el vínculo laboral, es decir 207 días de mora sobre una base diaria de \$44.933 y asciende la moratoria a \$9.301.200, en relación al auxilio de cesantía causado el 31 de diciembre de 2017 no se causó mora, toda vez que el contrato finalizó antes del término previsto por la Ley para la exigencia de la obligación de consignar su importe.

Solidaridad con las personas naturales demandadas respecto a los cuales se invoca solidaridad; para el efecto entonces me remito a la audiencia del 25 de mayo de 2021, oportunidad en la cual se dejó la constancia en el sentido de que los codemandados Gustavo Trujillo y Juan Carlos Trujillo Velázquez, no justificaron su inasistencia a la audiencia pasada, por lo que sería del caso dar aplicación a la sanción procesal previsto en el artículo 205 el CGP; sin embargo considerando que están en calidad de demandado solidarios, la sanción será tenerlos como solidariamente responsables en caso de acogerse las pretensiones de los demandantes.

No obstante lo anterior y si bien en esa oportunidad, se impuso la sanción referida como solidariamente responsables bien sabemos que la confesión ficta o presunta e incluso la misma confesión eso se obtiene de ser informada en virtud a lo previsto por el artículo 197 del CGP por lo que es del caso acudir al material probatorio y a las normas que regulan la materia de la solidaridad, encontrando que al revisar las pretensiones de la demandante se debe advertir que el propósito de instaurar la acción en contra de los señores Juan Carlos, Carolina y Gustavo Trujillo es porque se invocan su calidad de accionistas en la sociedad demandada y respecto de esa figura es que se invoca la solidaridad y piden las demandantes extender las condenas que se impongan a la persona jurídica y que se extienda a los señores Trujillo Olguín y Trujillo en su calidad

de socios dicen los demandantes de la sociedad, en este punto se hace preciso remitirnos a los efectuados los artículo 34 y 36 del CST; sin embargo en el presente caso resulta claro que la norma consagra la solidaridad a cargo de las personas que integran las denominadas sociedades de personas en este caso pues hablamos concretamente de una sociedad por acciones simplificadas por lo que esa naturaleza jurídica no se encuentra contemplada dentro de la extensión de solidaridad que prevé el artículo 36 del CST por lo que no es posible hacer extensiva la responsabilidad solidaria a los señores Juan Carlos Trujillo Velásquez, Carolina Olguín Tafur y Gustavo Trujillo en relación a la solidaridad que allí se consagra pues recordemos que la norma hace alusión de manera expresa a las sociedades de personas como lo son por ejemplo la responsabilidad limitada y no menciona las sociedades por acción simplificada, ello conlleva entonces a desatender la pretensión de los demandantes en el sentido de extender de manera solidaria las condenas a los demandados como personas naturales y respecto a los cuales se reitera se invocó la calidad de socios o de miembros de la sociedad por acciones simplificada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se dispuso el reconocimiento a favor de los demandantes de una indemnización por terminación sin justa causa del contrato los valores correspondientes adicionalmente las vacaciones deberán ser indexadas tomando para el efecto el índice de costo al consumidor que certifique el departamento administrativo “DANE” y de acuerdo con la formula índice final sobre índice inicial multiplicado por el valor histórico lo que nos arrojará el valor indexado. Precisemos además que la indexación que se impone no es una sanción que se imponga a la accionada sino la aplicación de un mecanismo tiene un tango constitucional y en virtud del cual se busca que los beneficiarios de unos derechos sociales reciban en un futuro la misma cantidad monetaria que hubiesen recibido en el pasado y haberse efectuado el pago oportunamente por la obligada, por lo que para remediar la pérdida de poder adquisitivo se acude a la indexación.

Excepciones

Atendiendo a lo anterior se declararán no probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago y compensación propuestas por la demandada y así mismo se declarará probada la omisión de inexistencia de la solidaridad invocada en relación con los codemandados como personas naturales, ahora en relación con la prescripción tenemos que los artículo 151 del CPTSS y 488 del CST establecen a título a regla de término general de 3 años para que las obligaciones emanadas para los derechos sociales se extingan, en el presente caso entonces aplicando esa prescripción trienal tenemos que los contratos finalizaron en los meses de septiembre de 2017 y febrero de 2018 y la demanda se instauró el 19 de junio de 2018 lo que significa sin mayor análisis que no se alcanzó a configurar el término trienal como para considerar que el tiempo afectó alguno de los derechos sociales reclamados por el demandante, en consecuencia se declarará no probada la excepción de prescripción que fue alegada por los demandados.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Apelo de manera parcial la decisión en cuanto negó el pago a mis representados del subsidio familiar e igualmente apelo para que el tribunal conforme al principio de consonancia que rige en materia laboral se sirva acceder a la solidaridad pretendida en la demanda para desarrollar esos dos puntos básicamente debo manifestar que al haberse decretado un verdadero contrato de trabajo los demandantes tienen derecho a que se les pague el subsidio familiar por el tiempo que ellos prestaron sus servicios de manera personal, se debe concluir que en el caso de las prestaciones sociales así como el subsidio familiar es otorgado por las cajas de compensación y están cubiertas por las autoridades respectivas, ello derivado de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, entonces si la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos sino la cuarta parte que la entidad

demandaba dejó de trasladar a las entidades de seguridad social, al supuesto contratista debió entonces reconocérsele este rubro.

Por ultimo debo indicar que la solidaridad debió decretarse en la medida que el artículo 36 del CST habla de este tipo de solidaridad laboral, el análisis que merece es que efectivamente consagra la responsabilidad laboral de las obligaciones que emanen de un contrato de trabajo es precisamente para que las sociedades y sus miembros e inclusive la sociedad por acciones simplificada tienen el carácter de personas, es que la omisión en la norma como el juez lo estimo está muy restringida y eso hace que los condueños no respondan por las obligaciones y es ahí donde el recurrente se conduce ya que las sociedades por acciones simplificada tiene en sí el carácter de personas y ello en si no podía impedir a que esta instancia estudiara y continuara entonces accediendo a la pretensión que es muy importante porque puede suceder que la empresa no responda, se insolvente y entonces se haga la sentencia incobrable, es por eso que la figura de solidaridad en materia laboral es tan importante y acá en este caso en particular la parte demandante se duele de que no haya sido así y mi arraigo tiene sustento jurídico con una sentencia emanada de la CSJ con radicado número 1864 del 1 de marzo del año 2011 cuyo ponente fue el magistrado Gnecco Mendoza desarrollando un tema muy parecido al que nos ocupa y en donde le dio la razón al demandante en esa medida estimo que el tribunal debe darnos la razón, vincular a los socios capitalistas para que respondan eventualmente a las condenas aquí impuestas.

La parte demandada señaló en su recurso:

En cuanto a la declaratoria del contrato laboral le solicito al tribunal se pronuncie al respecto en el sentido opuesto al juzgado como se ha dicho por las Cortes no basta con el cumplimiento de un horario sino que las condiciones permitieran que el servicio ofrecido se pudiese prestar en forma diferente a la contratada es decir es imposible que un auxiliar o una enfermera aun cuando quieran prestar su servicio lo puedan hacer de otra manera que no sea presencial, para ello podemos reafirmar lo que dijo el consejo de estado “ la eficiencia en desarrollo del contrato de servicios no configura subordinación así mismo lo ha pronunciado la Corte en la Sala Laboral, al decir que el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores y el reporte de sus resultados no se significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación y el siguiente reparo lo voy a llevar en cuanto a las pretensiones que se derivan de la mala fe, en el entendido que las demandantes solo esperaron hasta la actual demanda para reclamar las acreencias con el fin de obtener dicha indemnización por ende mi prohiada no puede actuar de mala fe ante un hecho que desconocía, no se dio ningún tipo de reclamación que le permitiera a mi prohiada actuar de manera distinta a la buena fe.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la prestación del servicio de los demandantes a favor de la sociedad demandada, cuestión que fue corroborada por la pasiva en escrito de contestación y respecto de lo cual obran sendas certificaciones expedidas por esta última que dan cuenta de dicha prestación de servicios a través de los denominados *contratos de prestación de servicio*.

Es así como, por cuestión de método la sala se referirá en primer lugar a la existencia de la relación laboral deprecada, como punto de reproche señalado por la parte demandada en su recurso, examinando en primer

lugar si esta 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 los demandantes 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, lo que en efecto como bien lo indicó la decisión de primer grado, no ocurrió ya que la pasiva únicamente se limitó a indicar que el vínculo que la unió con los demandantes fue un contrato de prestación de servicios, sin que de ninguna de las pruebas aportadas por esta parte permita concluir ni siquiera someramente que la actividad que ejecutaron los demandantes fue de manera autónoma como característica propia de ese tipo de vinculación alegada por la demandada; contrario sensu, las pruebas aportadas por la parte demandante dan cuenta de manera clara de una relación de índole laboral, pues como lo adujo el juez de primer grado, la sola naturaleza de la labor que ejecutaban los demandantes como jefes y auxiliares de enfermería, permite concluir que no podía ser ejecutada de manera independiente y autónoma; aunado a ello, las planillas aportadas de la asignación de turnos, dan cuenta que estaban sujetos al cumplimiento de un horario y contrario a indicado a este respecto por parte de la demandada en su recurso, como se señaló, este no es el único elemento que permite concluir la existencia de

una verdadera relación de índole laboral, ya que todo el caudal probatorio aportado, lleva a tal conclusión.

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 los demandantes 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 IPS 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.

Sentado lo anterior, la sala se referirá al estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la absolución de la pretensión de subsidio familiar; sobre el particular, 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 variar la decisión en este aspecto, habiendo quedado demostrado que el vínculo que unió a las partes, finiquitó.

Responsabilidad solidaria

Contrario a lo señalado por la parte demandante también en sus alegaciones, en tanto quedó probado que la sociedad demandada, es una sociedad por acciones simplificada, no le es aplicable la solidaridad prevista en el artículo 36 del CST, pues esta sólo se depreca de las sociedades de personas y no de capital, como es la naturaleza de la IPS demandada.

Buena fe de la demandada

A este respecto indica la demandada también en etapa de alegatos que su actuar estuvo provisto de buena fe; frente a lo cual, 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 no haber sido desvirtuada la presunción de que trata el artículo 24 del CST; sin que se demuestre el actuar alegado por la demandada en su recurso, ya que pretendió encubrir una verdadera relación laboral de trabajadores que como se señaló, por la naturaleza de la labor que desempeñaron es claro que no podían ser contratados bajo la modalidad de prestación de servicios, desconociendo así los derechos laborales de que eran acreedores.

Es así como al no salir avantes ninguno de los argumentos de los recursos interpuestos, se **confirmará** la decisión en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo 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

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

PROCESO ORDINARIO No. 20-2021-352-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: DIANA MILENA SERNA LOAIZA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Gustavo Enrique Martínez, 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 abril 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, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de mayo de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora DIANA MILENA SERNA LOAIZA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Protección S.A. y Colpensiones, con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual que efectuara el 23 de noviembre de 1998, con Colmena hoy Protección S.A., y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

por tanto se transfieran los aportes, rendimientos financieros y demás recursos a Colpensiones, de manera subsidiaria, peticiona la nulidad de dicho traslado.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 15 de octubre de 1968, que estuvo afiliada al ISS y que luego en el año 1998, se trasladó al RAIS pero que no fue asesorada por el representante del fondo de manera completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, ni tampoco sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, beneficios, ventajas o desventajas de este régimen y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre sus derechos pensionales, que acredita un total de 1.034 semanas y se encuentra cotizando al Sistema General de Pensiones a través de la AFP Protección S.A., que la mesada pensional en Colpensiones asciende a la suma de \$4.874.402 mientras que en el fondo privado sería de \$1.178.457.

Que el 28 de abril de 2021, solicitó ante Colpensiones la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó al RAIS, que mediante oficio de fecha 29 de abril de 2021, Colpensiones dio respuesta negativa. Así mismo, Protección S.A., a través de oficio de fecha 13 de mayo de 2021, negó la solicitud elevada por la actora.

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 3, 9 y 11, respecto de los No. 7 y 8 indicó no obedecían a un hecho y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por su parte, **Protección S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 4, 6, 10 a 12, negó el No. 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la *INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora DIANA MILENA SERNA LOAIZA a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 23 de noviembre de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la PROTECCIÓN S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de DIANA MILENA SERNA LOAIZA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

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

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A., en costas a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: Sea apelada o no la anterior decisión **REMÍTASE** el proceso superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que con el interrogatorio de parte vertido por la demandante, la misma indicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar como cree que ocurrió el traslado pero principalmente sobre hechos posteriores y la motivación que tiene para retornar al Régimen de Prima Media.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Que teniendo en cuenta los elementos de prueba allegados al proceso y la normatividad vigente, y que pretende la demandante se declare la ineficacia y la nulidad del traslado de régimen, por lo que al proponerse dos instituciones jurídicas diferentes debe dilucidarse cuál es la vía correcta para resolver el problema jurídico; expresó el Juzgador que la Corte Suprema de Justicia se ocupó del tema entre otras en la Sentencia SL 1688, 1689 y 3464 del año 2019, y precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión del deber de información debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades, anulaciones o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. Destacándose con esta disposición que cualquier atentado o trasgresión contra el derecho al trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto.

Igualmente que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores o trabajadoras a una afiliación libre es no suministrarle una información necesaria, suficiente, objetiva y/o completa sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro, es decir, que exista asimetría en la información en la celebración de ese acto o negocio jurídico, asimetría que es aquella situación en la que dos personas naturales o jurídicas pretenden celebrar un acto o negocio jurídico y una de ellas cuenta con toda la información de las consecuencias reales de la celebración de ese acto jurídico o característica del mismo pero o no se la suministra o lo hace parcialmente o fuera de contexto y la otra persona solo con el tiempo sufre las consecuencias de haber celebrado ese acto o negocio jurídico.

Que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia quedó claro que existirá ineficacia en la afiliación cuando la insuficiencia en la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliada impidiéndole algunas prerrogativas o incluso el mismo derecho. Segundo, no será suficiente la simple suscripción del formulario sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad, y tercero, en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las administradoras de fondos de pensiones allegar pruebas sobre los datos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

proporcionados a los afiliados en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

De otra parte, la Corte ha reiterado respecto a la carga de la prueba que en estos casos corresponde al fondo que hizo el traslado, es decir, Colmena o Protección demostrar que se cumplió al inexcusable deber de brindar a la señora DIANA MILENA SERNA LOAIZA la información suficiente, clara, completa, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales pero principalmente las consecuencias reales de abandonar el Régimen de Prima Media. No hay pruebas suficientes que demuestren que se cumplió ese deber con las probanzas que allegaron al proceso, que es escaso el material probatorio que se aportó, razón por la cual se infiere que se faltó al deber de información y no le era permitido realizar el cambio de régimen de la demandante a Colmena.

Así las cosas, al no haber un medio de convicción que demuestre el cumplimiento de la obligación tantas veces repetida, el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento de la demandante pero no que ese consentimiento hubiese sido informado a la luz de lo dispuesto en las normas aplicables, debiéndose acceder a las suplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de régimen; declarando como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones, ordenando a Protección devolver los aportes obligatorios a pensiones junto con los rendimientos financieros causados de la señora DIANA MILENA SERNA LOAIZA con destino a Colpensiones.

En cuanto a la devolución de aportes, rendimientos financieros y demás, indicó que aplica una línea jurisprudencial pacífica al respecto, línea jurisprudencial horizontal porque es de la misma sede judicial y por seguridad jurídica en esta oportunidad no se encontraron elementos nuevos para cambiar esa línea, en el sentido de que no condenó a la restitución de los gastos de administración, ellos incluido el seguro previsional porque: 1) estos fueron creados legalmente para todos los regímenes o sistemas de pensiones y a favor de quienes administran los recursos o el régimen de cada uno de los afiliados; 2) Los mismos se causan durante el tiempo que el afiliado lo esté a un fondo determinado y 3) El rubro más representativo de estos gastos de administración es el seguro previsional y el mismo cubre las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

contingencias de invalidez y muerte del accionante; que en este caso no se presentó ninguna contingencia a la actora pero sí está protegida frente a estos aspectos.

Indicó respecto de la excepción de prescripción propuesta por las demandadas que no salía avante por cuanto se está frente a una declaratoria de ineficacia que tiene un nexo de causalidad con un derecho fundamental imprescriptible e irrenunciable cual es el derecho a la pensión de vejez, razón por la cual declaró no probada la excepción de prescripción y así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia entre otras en las Sentencias SL 1421, 1688 y 1689 del año 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indicó que la demandante no contaba con el régimen de transición y conforme lo ha esgrimido la Corte en la SU-062 del 2010, solamente las personas que tienen régimen de transición pueden trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, por lo que la actora no tiene dicha calidad por lo que se encuentra en la normativa que decanta una prohibición legal que señala que a las personas que les falten menos de 10 años para cumplir la edad con la cual acceder a la pensión, no podían trasladarse de régimen pensional por lo que debe mantenerse en el RAIS y este último quien debe pensionarla.

Que la libre permanencia en el régimen de la actora saneó cualquier tipo de nulidad que se pudiese haber presentado, de existir una nulidad debió presentarla en el momento oportuno, así como el Juez de primera instancia lo indicó no se trató de una nulidad sino de una ineficacia del traslado y que la demandante realizó el traslado en pleno uso de sus facultades con la voluntad y convicción de querer hacerlo y la AFP cumplió con los requisitos normativos que se exigían para la época para realizar el traslado.

Igualmente manifestó que la actora alega que la base de ineficacia es la falta de información pero que los afiliados también tienen el deber de informarse no solamente las AFP tienen el deber del buen cuidado, que la falta de información que alega la demandante las AFP siempre la han brindado en los momentos que hacen los traslados de manera física, virtual, que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

igualmente envían desprendibles y siempre han estado en sus sedes prestos para sus afiliados y futuros afiliados, que esa falta de información que invoca la demandante es la excusa que usa para alegar la ineficia, que no hay una lesión injustificada en sus derechos pensionales, pues sus derechos a la seguridad social a la pensión se le están respetando en cualquiera de los dos regímenes, que hay una inconformidad por un tema económico ya que en el RAIS la pensión sería más baja que en el RPM.

En cuanto al tema de la sostenibilidad financiera argumentó que una cosa es el RAIS que maneja una cuenta privada y el RPM es un régimen subsidiado que maneja los dineros de una manera diferente de la cual dependen las futuras pensiones que se están pagando y estos traslados alegando desinformación están afectando la sostenibilidad financiera del sistema. Respecto a la condena en costas señaló que por mandato constitucional los dineros de la seguridad social solamente pueden ser usados para pagos de pensiones y no pueden ser utilizados para ningún otro tipo de pago o rubro y que Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en el traslado de la demandante.

Por último, que en caso de ser calificada la sentencia de primera instancia solicita devolver los gastos de administración a Colpensiones porque si se declara una ineficacia por culpa de la AFP sería premiarles al dejar cualquier tipo de rubro y como lo dice la Corte estos se deben devolver.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora DIANA MILENA SERNA LOAIZA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colmena hoy Protección S.A., el 23 de noviembre de 1998, como se verifica de copia del mismo, allegado por la parte demandada junto con contestación visible en expediente digital.

En este orden, la figura de la ineficacia ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones ninguna de ellas da cuenta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

respecto que a la señora Diana Milena Serna Loaiza, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colmena hoy Protección S.A., AFP 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.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 Protección S.A., 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. 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.

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 a la 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”.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Ahora bien, como lo indica Colpensiones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que 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, obligación que se itera, no se encuentra demostrada.

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

A este respecto y en cuanto al traslado de aportes, se tiene que la decisión de primer grado como lo indica Colpensiones, omitió ordenar el traslado de lo descontado por gastos de administración, 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 extunc (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.*

Sentado lo anterior, al determinarse la procedencia del traslado de dichos gastos, se **modificará** el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de disponer el traslado de los mismos de manera indexada.

Respecto a la permanencia del actor en el RAIS, se tiene que contrario a lo manifestado por Colpensiones, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya 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.

Por último y en cuanto la condena en costas que reprocha la recurrente, se tiene que resultó vencida en juicio conforme las previsiones del numeral 1 del artículo 365 del CGP, por lo que en este aspecto, no se modificará la decisión.

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, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

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

Sin costas en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20202100352-01 Dte: DIANA MILENA SERNA LOAIZA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración debidamente indexados**, durante la vigencia de la afiliación del demandante al RAIS.

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.

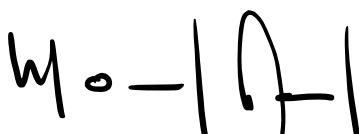
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión recurrida.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2020-354-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: JHON HARVI URBANO QUINTERO

DEMANDADO: BIGFOOT COLOMBIA SAS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de abril 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, fueron remitidas las de las de ambas partes.

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

JHON HARVI URBANO QUINTERO, mediante apoderado, instauró demanda contra **de BIGFOOT COLOMBIA SAS** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se reconozca la existencia de un contrato de trabajo a término Indefinido con vigencia desde el 1° de febrero de 2012, que el cargo desempeñado fue de **COMPRADOR DEPORTES DAFITI COLOMBIA**, y posteriormente, como **DIRECTOR DE CATEGORÍA**, que el salario era integral de y ascendía a la suma de \$7.367.100.00 al inicio siendo incrementado anualmente, siendo el último devengado la suma de \$21.000.000, que la relación laboral se dio por terminada el día 10 de septiembre de 2020, por terminación unilateral sin justa causa por parte de la empresa. En consecuencia, solicita el pago de indemnización consagrada en el art 64 del CST, indexación, demás derechos que resulten probados en el curso de la demanda, sanción moratoria. (Expediente Digitalizado).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que el 2 de septiembre de 2020 se inició en su contra un proceso disciplinario, por la denuncia que hiciera la señora Valeria Flórez Medina, que el 4 de septiembre de 2020 se pronunció frente a esa investigación manifestando que no cumplía los requisitos del art 50 del reglamento interno de trabajo, que el 8 de septiembre le remitieron cuestionario de ampliación de descargos, el cual contestó el 9 de septiembre de 2020, manifestando que lo investigado corresponde a su vida personal y que nada tiene que ver con su actividad, que el 10 de septiembre le terminan el contrato por una supuesta justa causa, que se afectó el debido proceso y el derecho de defensa. (Expediente Digitalizado).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, asegurando en síntesis que el contrato terminó con justa causa y que, en consecuencia, estas, carecen de fundamento fáctico y jurídico. Los hechos fueron negados en su mayoría, diciendo de otros que no le constan. Propuso las excepciones de inepta demanda por falta de requisitos formales, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa del demandante, inexistencia de sanción moratoria del art 65 del CST, prescripción, enriquecimiento sin causa del demandante, pago compensación buena fe y genérica. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el diecinueve (19) de abril de dos mil veintidós, (2022), por la que resolvió **ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora.**

Para llegar a esa conclusión afirmó la Juez “..De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá el recurso, siendo básico entonces definir si El problema jurídico se centra en establecer si la demandada dio por terminado el contrato del demandante de manera unilateral y sin justa causa y sin consecuencia tiene derecho a reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST y la de 65 del mismo código. Ahora, la existencia del contrato de trabajo: sobre este punto no hay discusión dentro del presente asunto en respecto de existencia del contrato de trabajo que unió de las partes ni a la modalidad del mismo, lo anterior teniendo en cuenta que tal hecho fue aceptado por la parte demandada en idénticas condiciones, lo mismo sucede respecto a los extremos temporales y el salario devengado, es así que, de acuerdo con lo anterior, se puede establecer que el demandante fue vinculado mediante un contrato de trabajo, término indefinido con la empresa demandada el 1 de febrero del 2012, que dicho contrato terminó el 10 de septiembre de 2020, data para la cual el demandante ejercía el cargo de director de categoría del área de Deportes Dafiti Colombia, con una asignación básica mensual de \$7.367.100, tal y como se encuentra acreditado con el contrato de trabajo, visible a folios 3846, certificación laboral de folio 145 y la liquidación del contrato de trabajo visible a folio 150. Ahora la terminación del contrato de trabajo aduce el demandante en su libelo introductorio que la demandada decidió dar por terminado el vínculo contractual sin justa causa debido al incumplimiento de sus obligaciones laborales contenidas en numerales primero, cuarto y quinto, del artículo 58 del CST, así como un número de doce, séptimo,

octavo, y 36 del artículo 44, los numerales 24 y 30 del artículo 46 y el artículo 49 del reglamento interno del trabajo, así como literal E de la cláusula tercera, la cláusula novena del contrato de trabajo, en los numerales 2 y 10 del Código de ética de la empresa como se extrae la comunicación remitida al demandante, que se encuentra visible a folios 10, 140, 145.

Ahora establecido quedó que la demandada, fue quien terminó el vínculo laboral del demandante y debe determinarse con los hechos de la demanda y su contestación, si el trabajador fue despedido con justa causa del cargo que ocupaba como director del área de Deportes, pero que habrá de tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Suprema de Justicia sobre estos puntos es así que la Corte ha señalado lo siguiente: “La demostración de la justa causa de despido corresponde al patrón, la jurisprudencia, tanto el extinguido Tribunal Supremo como esta sala ha considerado que el trabajador le basta con demostrar el hecho del despido y que el patrón le corresponde probar su justificación y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrón no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que dejó de cumplir con sus obligaciones por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley”. Es así que se encuentra acreditado el hecho del despido de todo es que obra, dentro del plenario comunicación mediante la cual la demandada dio por terminado el contrato de trabajo.

El despacho analizará si la parte demandada acreditó los hechos endilgados en la comunicación de determinación del vínculo contractual, si estos obedecen a una justa causa y por tanto, si hay lugar o no a la indemnización por despido deprecada. Sobre este punto se tiene que se aportaron las siguientes pruebas: la parte demandante aportó copia de la carta de terminación del vínculo contractual visible a folio 24, versión libre rendida por la señorita Flores fue del 25 y 26, citación al proceso disciplinario a folios 27 33, diligencia de ampliación de descargos, folios 35 a 37, respuesta al cuestionario de diligencia a ampliación de descargo folio 39 al 43, certificación laboral folio 50, liquidación del contrato folios 52 y solicitud de declaración de liquidación folios 73. Por su parte, la demandada adicional a las pruebas aportadas por la parte actora dio las siguientes pruebas documentales: contrato de trabajo a término indefinido de folios 38 46, reglamento interno de trabajo folios 48 a 75, código de conducta y ética empresarial folio 76 al 91, firma de conocimiento del código de ética folio 92, cumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo folio del 93 a 95, chat de Whatsapp folio 98 a 104, manual de funciones folio 105, remisión de correos electrónicos respecto a la apertura del proceso disciplinario folio 106, 121, 122, 128, 131, 139 y 146, citación al proceso disciplinario de fecha 2 de septiembre de 2020, acta de diligencia de descargos de fecha 2 de septiembre de 2020, citación para la ampliación de la diligencia de descargos folios 123 al 127 cuestionario y ampliación de diligencia de descargos de 9 de septiembre de 2020, respuesta por parte del demandante a la ampliación del cuestionario folio 134, 138 carta terminación del contrato de trabajo certificación laboral, examen médico de egreso certificada por el sistema de Seguridad Social integral, recurso de revisión presentado por el demandante contra la decisión de terminación del vínculo contractual respuesta a las comunicaciones del 14 de septiembre de 2020 y 23 de octubre de 2020 y formato de remisión de gestión de denuncias de la Fiscalía General de la Nación folio 168 a 170.

Asimismo, la audiencia anterior se presentaron los interrogatorios de parte y testimonios de la siguiente manera, el representante legal de la sociedad demandada sostuvo que durante los 9 años en los que estuvo vinculado el demandante con la sociedad que representa, con anterioridad al 2 de septiembre de 2020, no tuvo llamado de atención alguno, pues la labor por la cual fue contratada, la desempeñó de manera positiva, que la señora Valeria Flores adelantaba el cumplimiento de sus funciones en dos sedes físicas de la compañía y también de forma remota, el demandante era director de Deportes, por lo cual podía trabajar desde la bodega oficina en la calle 100 y mediante teletrabajo, que el actor por ostentar un cargo de dirección, confianza y manejo no tenía control de horario en que el actor era el encargado de la velar por el cumplimiento de las funciones adelantadas por la señora Valeria López, por su parte, el demandante indicó que no

era el superior jerárquico de la señora Flores que conoce el Código de Ética de la compañía, aceptó que acudió con la señora Valeria a un Spa tántrico, que la acompañara a la señora Flores a una cita en el spa, no tiene nada que ver con la labor desempeñada, que desconoce si el reglamento interno de trabajo dispone la obligación de presentar traslado de pruebas, previo a las diligencias de descargo de los trabajadores, no están en la obligación de comunicar a la empresa las funciones adicionales que adelanten por fuera de la compañía; María Alejandra Campuzano Fajardo, quien se desempeña en el cargo de gerente regional de Recursos Humanos de Dafiti, situación por la cual conoce el procedimiento de descargos, la cual consiste en una citación o lo menos con 24 horas de antelación a la citación, que para el caso en especial del demandante la sesión de descargos se realizó mediante la plataforma zoom habida cuenta que la persona que denunció la situación, pidió se adelantará esta manera con el propósito en que no se filtrara la información. El Reglamento interno de trabajo de la sociedad dispone como sanción disciplinaria el despido del trabajador, que la señora Flores tenía una forma híbrida de trabajar por cuanto pudiera entrar funciones por parte del trabajo y también de manera presencial en las instalaciones de la compañía, que la labor desempeñada por el demandante hacía parte del área administrativa del área comercial, el actor tenía celular corporativo para uso de sus funciones y además también hacía uso del personal para la comunicación con el personal, que los mensajes extraídos con objeto de la investigación del proceso disciplinario devinieron del teléfono personal del actor, que en otras oportunidades el gestor de procesos sostuvo atenciones mediante regalos a otras subalternas, tales como objetos sexuales e invitaciones a hoteles.

Valeria Flores Medina sostuvo que laboró al servicio de la demandada hasta el 18 de diciembre de 2020, que su jefe directo era el señor Urbano y Gabriel, que el demandante abuso de ella que, dada la carga de trabajo con el demandante, este decidió, obsequiarle un día de spa; no obstante, este no le informó que se trataba de un spa erótico y que la invitación nunca se dio a nombre de la empresa demandada y que se ratifica la declaración libre presentada el día primero de septiembre 2020, visible a folio 96 a 97 del plenario, también se recepcionó el testimonio de Mónica Arias Sarmiento, quien arguyó en su prueba testimonial que en la actualidad es líder comercial de Dafiti desde hace 3 años, que el demandante era su jefe inmediato por ser director de la categoría de Deportes, que conoció a la señora Valeria por ser la analista, el cual se adelantaba de forma híbrida que la demanda le ofrece el código de ética, lo cual debe ser aplicado de manera interna y externa, a la sociedad que no es usual que un jefe de regalos e incentivos a sus empleados, pues ellos solo deviene de talento humano. Gabriel Mojaca sostuvo que en la actualidad el subgerente para el centro de distribución de la demandada, que conoció a la demandante como quiera que tenía un punto de contacto con la señora Valeria Flores que la demanda tiene libre acceso a los manuales de ética de la compañía, que las bonificaciones hacen parte de un programa de resultados que tiene la demandada por resultados financieros y respecto al proyecto de los cuales son entregados de manera trimestral, él tuvo conocimiento de la situación denunciada por la señalada Valeria flores, por lo cual las puso ante su superior jerárquico.

En cuanto a las declaraciones rendidas, debe precisarse que la apoderada judicial de la parte demandante en la audiencia anterior formuló tacha de sospecha en relación con los testigos, Mónica Arias Díaz y Gabriel Bojacá en relación a la dependencia laboral con la empresa demandada. Sobre este asunto, este despacho considera que las declaraciones de los citados testigos merecen plena credibilidad pues las versiones rendidas por esto lucen coherentes, espontáneas y objetivas, advirtiéndose un mejor conocimiento de la situación fáctica relacionada tanto en el escrito de la demanda como en la contestación y sin ánimo de favorecer a la parte demandada. Visto lo anterior, se evidencia que el aquí demandante incumplió con lo establecido en el Reglamento interno de trabajo y el código de ética de la compañía demandada, calificadas como faltas graves; lo anterior, teniendo en cuenta que, de acuerdo con los hechos esgrimidos tanto en la carta de terminación del vínculo contractual como los aquí narrados por los testigos, el despacho considera que el actor incumplió con sus deberes como superior jerárquico de la señora Valeria Flores, lo anterior teniendo en cuenta que no tenía la potestad en primer lugar, de

invitarla a un spa teniendo en cuenta las funciones que este desempeñada y las funciones que desempeñaba la señora Valeria, además, tampoco podía haber obsequiado dicho regalo, esto de la asistencia al spa en virtud de las funciones que desempeña la señora Valeria flores, lo anterior por cuanto tanto del Código de ética, como los documentales aportadas, especial por la parte demandada no se puede establecer que los jefes directos puedan otorgar dadas a sus trabajadores de la compañía sin un expresa consentimiento de la empresa demandada, lo cual no ocurrió en el caso. Además de lo anterior considera este despacho que la encartada escuchó al trabajador las etapas procesales referidas para la aplicación o establecidas tanto en el Código sustantivo del trabajo como en el Reglamento interno de trabajo, teniendo en cuenta que escuchó el demandante en una formulación de cargos y un pronunciamiento definitivo y motivado, teniendo en cuenta que otorgó espacio suficiente para que el actor conociera los hechos endilgados y comunicados por una trabajadora a la compañía, los cuales fueron depuestos de presente antes del momento de la diligencia de descargos, y con posterioridad se le dio la oportunidad no solamente de rendir dicha diligencia de descargos, sino que además se le brindó la oportunidad de presentar una ampliación de dicha diligencia, tal y como se observara en las documentales aportadas, especialmente las respuestas esgrimidas por el actor en la comunicación o en las respuestas otorgadas o dadas en la ampliación de la diligencia de descargos, lo cual fue aceptado por la parte demandada.

Es así que, en primer lugar, considera este despacho que la entidad demandada cumplió con su deber legal de garantizar un debido proceso al demandante, toda vez que escuchó su versión de los hechos, asimismo, le puso de presente la denuncia presentada por la señora Valeria Flores tal y como se desprende tanto de la documental aportada como el interrogatorio de parte esgrimido por la parte actora. Ahora, considera este despacho que igualmente las pruebas documentales aportadas también se pueden establecer que efectivamente, el demandante incurrió en la justa causa invocada por la parte demandada. Lo anterior, teniendo en cuenta que incurrió en actuaciones que no pueden ser actuaciones reprochables teniendo en cuenta que la compañía no puede aceptar que uno de esos trabajadores atente contra la dignidad de otras subordinadas, especialmente cuando se trata de una trabajadora que prestaba sus servicios a favor de la compañía; Lo anterior, teniendo en cuenta la versión libre rendida por la señora Valeria Flores, en la cual narra los hechos acontecidos, los cuales, si bien de las pruebas aportadas se puede establecer que los mismos acontecieron fuera de la jornada laboral, esto no significa en modo alguno que la compañía pueda tolerar actuaciones que atenten contra la dignidad de una mujer y menos de una de sus trabajadoras, lo cual fue puesto de presente a estos por la trabajadora, aunado a lo anterior, considera este despacho que igualmente la compañía no tenía la obligación de ponerle, presentarle, al demandante cada una de las pruebas aportadas por la señora Valeria Flores; lo anterior, teniendo en cuenta que esta manifestó que teniendo en cuenta la gravedad de los hechos igualmente a presentar la correspondiente denuncia ante la Fiscalía General de la Nación y además, teniendo en cuenta que estos podrían afectar igualmente su dignidad y revictimizarla ante los demás empleados de la compañía en consecuencia, teniendo en cuenta que respecto al debido proceso del trabajador, como quiera que ya se dijo le dio la oportunidad de cumplir el debido proceso, se dio la oportunidad de presentarse la diligencia de descargos, luego le dio la oportunidad de ampliar dicha diligencia de descargos y una vez dio por terminado el vínculo contractual, también le dio la oportunidad de presentar un recurso de revisión, el cual también fue resuelto por la compañía, reafirmando o confirmando la decisión de dar por terminado el contrato; de esta manera, considera este despacho que dicha entidad garantiza el debido proceso del trabajador. Ahora, cómo se acredita la justa causa invocada, considera este despacho que igualmente se encuentra debidamente acreditada, toda vez que el extrabajador incurrió en una actuación tendiente a vulnerar los derechos, garantías y dignidad humana de una de las trabajadoras, la cual considera este despacho que también trataba de una subordinada teniendo en cuenta el cargo que estaba el señor John Hardy en la compañía, en consecuencia este despacho considera que la parte demandada

acreditó la justa causa para terminar el contrato de trabajo, máxime que el demandante tenía conocimiento del reglamento interno respecto a sus obligaciones, tal y como lo aceptó en interrogatorio de parte, y las pruebas contenidas dentro del plenario.

Por lo anteriormente brevemente expuesto, el despacho considera que el contrato de trabajo de actor fue terminado con justa causa, teniendo en cuenta los hechos endilgados y presentados por la señora Valeria Flores ante la compañía y, por tanto, incumplió con sus deberes como jefe de esta última, incumplió con las obligaciones propias de un trabajador de la compañía por lo anteriormente expuesto, el despacho absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, considerar que no incurrió en una violación a lo establecido en el artículo 64 del CST.

Inconforme con esta decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación: “...El primer aspecto a que el operador de Justicia no tuvo aquí en cuenta en el presente asunto, la valoración integral en su conjunto y no fraccionada las pruebas recaudadas de manera lícita, ello hace referencia a que el juez de conocimiento deberá motivar su decisión con base al resultado de su estudio detallados y minuciosos de cada prueba, téngase en cuenta que si los testigos arribados por la parte demandada en los audios está muy claramente, concretamente sucintamente, donde la señora Valeria manifiesta que en ningún momento fue un regalo de la empresa, que ella fue por voluntad, que tenían una amistad en mucho tiempo antes de los hechos, que venía un mes organizando ellos de pronto departir, démonos cuenta que la señora Valeria, en su testimonio dice: yo llegué sola, él me vio sin ropa, pero sin embargo un tercero que la atendió en el spa, ella quiso dejarse su vestido baño y se lo dejó: en ningún evento se refirió que el señor aquí John Harvey Urbano, parte demandante fue quien le dio esa bebida, o le solicitó quitarse la ropa; ella refiere que una persona de sexo femenino, la cual no describe nombre ni nada, pero sí perteneciente es quien le da una bebida supuestamente y además seguía con el vestido de baño, aquí es una presunción de unos hechos que se investigan, pero aquí se está declarando como cierto, cuando la misma Valeria ha colocado en conocimiento al despacho, en su testimonio, testimonio que me pareció pertinente, conducente que ella lo manifestara, casualmente la misma señora juez pregunta, ¿que, si alguien tiene? que ya no trabaja, que el testimonio, yo digo que sí me parece correcto y exacto, que ella dé su testimonio, queda uno sorpresivo de que relativamente no se avaló en el testimonio, no se escuchó a cabalidad estos audios. Lo primero es que el operador de Justicia no tuvo aquí en cuenta, su valoración desconoció abiertamente el inmenso material probatorio recaudado a favor de mi mandante, téngase en cuenta que la señora juez fue muy precisa, estamos y hubo o no una justa causa, señora abogada aquí no definimos ninguna situación penal y es que debe ser así, el tema de discutir, circula en entorno a que el trabajador no era jefe inmediato de la señora Valeria, era una persona comercial con status de jerarquía, pero es claro que tenía que tener el rol como parte comercial y con la señora Valeria con la objetividad en cuanto a la representación con su proveedores, en eso hay que hacer objetivo, el actor debía participar en unos enfoques, pero la persona encargada directamente era el señor Gabriel, ella misma decía, los permisos era con él, le informaba al demandante y claro que le tenía que informar porque hacía parte de lo comercial, pero su jefe inmediato era el señor Gabriel, tan es así que en los Whatsapp que se arrimaron al plenario, él opina de cosas sobre su trabajo y menciona “esperemos si Gabriel las aprueba”, pues si bien es cierto como lo indicó la juez, el demandante era el jefe inmediato, por qué tenía que esperar opinión del señor Gabriel, la Juez obvio esa parte de entender que es un trabajador comercial y qué es una persona en operaciones como el señor Gabriel, ahí se demuestra la diferencia que comercialmente tiene que avalar con diferentes personas del contorno de su trabajo para tener una buena prestación de servicios a estos proveedores entonces, dependía también de la opinión del señor John Harvey hacia sus empleados. El trabajador no era jefe inmediato de la señora Valeria, los actos propios fuera de su horario de trabajo hacen parte de un acuerdo interno que en nada pueden comprometer un aspecto laboral, tal como lo quiso hacer deslumbrar, démonos cuenta señora, pues que la niña Valeria

en su testimonio fue clara, pues aquí nos coge de sorpresa y es que vuelvo y digo no se escuchó el audio bien de ella, ella dice que en ningún momento fue regalo de la empresa y quise ir por mi voluntad.

El empleador no puede condicionar más allá de su órbita de funciones laborales frente a sus trabajadores a sus acciones porque de ellos se vulnera aspectos constitucionales de la persona humana, del trabajador, el empleador vulneró el debido proceso; claro si es que se avala su señoría, es nosotros los que les solicitamos mediante oficios, escritos al señor Camilo, a ella le orientamos, le ilustramos que bueno, que unos descargos, pero ¿cómo?, fui de las primeras que le dijo no señora. pues mejor que quede escrito que las cosas queden correctas, demos el traslado, es por eso que ella ahora dice que va a pedirle permiso a Valeria, pero de dónde acá se pide para un disciplinario para un despido, para alguna situación, pedirle permiso a la otra persona si está afectada, si es que son Whatsapps claros y concretos, en nada estaba afectando de lo contrario, debe conocer este señor, empleado de esa empresa, ¿Qué le están endilgando realmente? **Pues eso no, también tenemos cuenta que se está dejando en desproporción que la señora conocía los estatutos, eso lo dijo en su testimonio y si ella conocía de sus estatutos y que la vamos a exonerar, si antes de los hechos que presuntamente dice que pasaron porque a nadie nos consta que son así, es su versión, entonces porque no anticipó, porque no manifestó estos posibles atropellos, que según ella ocurrieron con este señor que fue despedido sin justa causa entonces a ella se le exonera, no se puede fallar sobre suposiciones, hipótesis de las decisiones, necesariamente deben estar fundadas en las pruebas, nótese que la expresión, exposición amplia efectuada por el apoderado, qué violación de derechos de la mujer; pero señora juez, es que a nosotros no nos consta, si hubo engaño o no hubo engaños, es que ella le solicita, los llama estando él en su apartamento, le dice yo ya estoy acá, ya llegué, estoy en la dirección ¿para qué lo llamaba? Él no estaba con ella, es ella quien lo llama, él no estaba en el sitio de los hechos, ya después llegó o no llegó, o no, se encontraron es diferente, pero hay que hacer énfasis que solamente es una solución, ósea, donde acá una persona acaba con la integridad, dignidad, con su trabajo de 9 años y es una persona que ganaba 21 millones mensuales ¿Quién tendría mayor interés? De pronto aprovechar esa situación de una versión libre, ósea , cualquier persona da una versión libre de comportamientos fuera de su sitio de trabajo y ya, fue despedido porque presuntamente nos corroboramos que eso fue así, no, aquí pues se debe examinar más eso, **frente a que mi demandante era superior frente a la señora Valeria, lo era, pero a nivel jerárquico distinto a ser un jefe inmediato es que téngase en cuenta su señoría que él era comercial, era la matriz en el sentido de sus opiniones, entonces sería, pues, velar para que estas personas desempeñaran un buen trabajo entonces será tener como nivel que era el jefe, pero quien toma las decisiones es Gabriel**, sí que es una prueba fehaciente porque no se tiene en cuenta con respecto al demandante y trabajador despedido sin justa causa ¿Por qué no se tiene en cuenta? si estamos viendo que los hechos de modo, tiempo y lugar también pueden proteger, también aquí al señor demandante, porque está claro, se están demostrando.**

Frente a la denuncia, realmente no podríamos decir algo porque, pues el señor hasta la fecha nunca ha sido llamado a nada, entonces sí se colocó una denuncia, pero hasta ahí; ahora bien, se puede evidenciar, se advierte que narra con aseveración no objetiva unas apreciaciones personales narrativas, como si hubieran estado los empleadores y el señor abogado allá dentro de los hechos, o sea, es que hablan con una certeza, démonos cuenta que la señora juez dice que fue muy creíble, que claro, pues ayuda a orientar al señor Gabriel y la señora también que manifiesta empleada, pero démonos cuenta que llevan 2 años y medio, el señor Camilo 9 años estuvo a la par laborando y gerente diferente de esta empresa y manifiesta que nunca tuvo una queja de él, una persona que se desempeñó laboralmente bien y vamos a compensar 2 años y medio con 9 años pues el señor Camilo, él dice, y no me constan los hechos, o sea, a mí no me consta como gerente no me consta, aparentemente si no le constan, como es que yo firmo y despido una

persona, o sea, de supuestos? No, de supuesto no puede suceder esto, realmente en estos hechos estamos tomando una decisión y faltó una versión y esto dejo entredicho para que hoy en día, **así como el señor abogado declaro cualquier cantidad de cosas que son respetables de la mujer, pues así, los empleadores también tomarán muy folclóricamente una persona que lleve más de 9 o 10 años, bueno dan una versión, y le despedimos**, esto es contraproducente contra el trabajador, la verdad que en ese Estado de Derecho una persona publica frente a actos o similar que puedan vulnerar sus derechos fundamentales pactados en la OIT, carta de los Derechos Humanos convenios pactados internacionales y avalados por Colombia.

Aunque de cualquier consideración, se debe tener en cuenta cuatro grandes aspectos que son materia de controversia, que la suscrita apoderada judicial de la parte demandante quiere poner en consideración a su despacho información extraída directamente de mi poderdante, en esta oficina jurídica, qué mejor que los testimonios, también que trajo la parte demandada. ¿De dónde sacan pruebas inapropiadas, aquí el demandante para demostrar algo que no es así?, es que no necesita, era su vida personal, aquí el empleador se aprovechó de esta versión libre efectuada por Valeria, trabajadora de esta empresa, porque vuelvo y reitero de un trabajador casi que ya va para 10 años y con un salario mensual de 21 millones pues hay que buscar la forma de despedirlo con justa causa y pues con la versión libre, lo han encontrado así, aquí se probó que la parte demandante entró en el fuero interno de su empleado, vuelvo a insistir pero ¿cómo vamos a vulnerar que como es un empleado de mayor jerarquía, entonces omitamos a la señora Valeria que también manifestó conocer los estatutos y la ética? y en estos dice que si se siente atropellado, **la persona vulnerada debe informar a su empleador o la persona pertinente y por qué lo obvia ella? o sea si tiene la misma directriz, capacidad, voluntad, sabe leer, entiende que está en un rango más o menos como trabajadora y ¿por qué no lo expuso? ¿Por qué se calló? Y llama más la atención que el señor no omitió, ella llama, ella pregunta ¿Cómo debo de ir? o sea que, si sabía que era un spa tántrico, ella si sabía, porque si yo voy a un spa, a un masaje, ¿para que necesitaba llamar a la persona?, ella tenía pleno conocimiento y es capaz de tomar sus propias decisiones, es mayor de edad entonces la señora dice tranquilamente sin ropa y ella acepta.**

Aquí se probó que el empleador se aprovecha por esta mera versión libre, nótese señor magistrado que esta es la columna vertebral de esta controversia, que jefe inmediato directo de Valeria en cuanto a permisos y demás era el *señor Gabriel Bojacá, ella manifiesta claramente que él le concede los permisos y le avisaba al señor Harvey porque era una unión laboral, que las opiniones que tenía que dar el señor Harvey eran de mucha importancia y si había alguna falencia tenían que informarle, era algo normal y el señor Gabriel menciona que iban una vez al mes a las bodegas, de lo anterior se denota que el señor Gabriel y la señorita Valeria estaban dentro de una bodega, sitio que es diferente al que el señor Harvey frecuentaba que era la parte administrativa que es distinto al mencionado anteriormente, claro que el despido fue injusto, violatorio a los derechos fundamentales y no era necesario, fue desproporcional, situación está que atacó el principio constitucional del estado social de derecho y de los derechos del trabajador, **no se cumplió con los requisitos de la ley, los cuales están consagrados en el artículo 130 de la ley 174 del 2002, algunos de los declarantes por vía de testimonio son trabajadores del empleador y en su narrativa tienen que ser subjetivos porque también tienen sus trabajos, pero aún así, dos de ellos, mencionan que no tiene queja alguna de él, no hay nada que justifique documentalmente una denuncia entonces aquí no hay nada, aquí supuestamente es lo que quiso decir que decía, entonces salta a la duda y el vacío jurídico que la señora de Recursos Humanos también manifestó que le comentaron y ella deja pasar eso de recursos humanos por alto, son argumentos que ella trata de reunir para demostrar lo contrario; entonces desafortunadamente debo entender que la señora de recursos humanos también manifestó sus conceptos de que pues a ella no le consta y que también es un buen trabajador, una persona que se desempeñó muy bien pero es que ella llevaba 3 años y sin embargo quiso como**

demostrar cómo si llevará 10 años, entonces hay cosas que argumentamos porque sí, es que es nuestra empresa entonces me pueden despedir y tengo que proteger el trabajo, en cuanto a las pruebas recargadas existe abundante elemento material probatorio de estas diligencias donde se demostró con la clara violación del aquí trabajador en el entendido de su despido injusto, al ser esta actuación propia de su empleador, un ejercicio violatorio de derechos y preceptos legales y constitucionales es que al señor Camilo se le mandó un escrito diciéndole que por qué pasaba eso, es que él se había enterado generando evasivas, los reglamentos no pueden estar por encima de la constitución y la ley en ningún aspecto y bajo ninguna circunstancia para la OIT, el empleador no puede entrar en la esfera íntima del trabajador porque la señora Valeria aclaró que fue por su voluntad, fue algo personal ¿Por qué no se investigó? Y se fue al sitio de los hechos, no se entiende porque adversamente se le da la razón, se tomaron en cuenta cosas que no están probadas sobre la agresión a la mujer, que no se evidencian y se despide a esta persona de forma injusta. Los estatutos de la empresa no pueden pasar por encima de la ley, aunque se probó que la señora Valeria fue en su capacidad. Las declaraciones a tener en cuenta fueron claras y concretas sobre el gran trabajador que fue en los años laborados, en el audio de la señora Valeria también se prueba que él en ningún momento le dijo que fue un regalo de parte de la empresa, no sé en qué pudo afectar a la empresa, Valeria Flores también declaró que él era muy allegado a su familia y viajaban ósea que antes de estos hechos, ellos tenían una confianza y una amistad, es algo injustificado la manera en la que se fue despedido.

Se manejó un mal procedimiento para el despido del trabajador artículo conforme los artículos 29 y 53 de la constitución política, artículos 23, 111, 112, 113, 114 y 115 del CST, sentencia C593 del 2014 de la Corte Constitucional, que cada empresa debe cumplir algunos criterios en materia disciplinaria para garantizar el debido proceso, hacen referencia a la potestad disciplinaria misma y a los criterios particulares, seguidos en cada caso. Se aprovecharon de la versión libre para despedir al señor....” (Resalta la Sala).

CONSIDERACIONES

La sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C S T, en cada uno de sus aspectos fundamentales y que básicamente son: i) indebida valoración probatoria, ii) El demandante no era jefe inmediato de la denunciante y iii) Existió un mal procedimiento de acuerdo con la CP apoyado además en sentencias como la C 593 de 2014.

La Sala comenzará su estudio por el aspecto que cuestiona la legalidad del despido, esto es el tercer punto mencionado para luego referirse a la indebida valoración, punto íntimamente relacionado con el segundo y que se dirigen en últimas a cuestionar la existencia de la justa causa.

Lo primero que advierte la Sala es que no hay duda alguna sobre el despido, motivado por parte del empleador, comunicación que aparece en el expediente digitalizado y en la cual no solo se describen los hechos, sino que se enuncian las normas, en las que se apoya el despido; contempladas en la Ley, reglamento interno, código de ética y contrato de trabajo.

Una vez probado el despido, corresponde al empleador probar la justa causa invocada, en juicio y desde luego en el momento en que la invoca siendo claro en la forma en que lo comunica, lo cual sucedió en este caso en el que se itera, no solo se narraron los hechos que dieron lugar a la terminación, sino que se invocaron las normas presuntamente vulneradas.

Ahora bien, si bien es cierto de vieja data la jurisprudencia ha considerado que la terminación unilateral del contrato con justa causa por parte de empleador no es una sanción, luego no es que deba seguirse un **procedimiento previo como si lo fuera**, pues ello no tiene sustento legal alguno, a menos claro, que este establecido en pacto convención reglamento etc; también lo es que la Corte Constitucional en sentencia C-299 de 1998, señaló que el trabajador, **puede ejercer su derecho a la defensa frente al empleador antes de que le terminen el contrato y en consecuencia el empleador está obligado a darle oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, lo que reiteró para todas las causales en sentencia T-546 de 2000, sin que desde luego se trate de un proceso solemne riguroso, sino de la oportunidad que se otorgue al trabajador de explicar la conducta que se le atribuye, en diligencia, que puede ser de manera verbal, sin formalidades, sin que sea exactamente denominada de descargos y sin que se constituya en proceso disciplinario previo.**

Este entendimiento del artículo 62 del CST, sin que signifique que el despido es una sanción fue definido también en sentencia SU 449-2020, en donde se expresó:

“(…)

1. **Sobre las garantías con que cuenta el trabajador cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador. En vista de los pronunciamientos que en varios sentidos ha formulado este tribunal (en especial, frente al alcance del derecho de defensa) y dada la línea reiterada que en la materia existe en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se considera necesario definir una regla de interpretación del artículo 62 del CST hacia el futuro, tanto por razones de seguridad jurídica para los empleadores y los trabajadores, como por aspectos de certeza y coherencia en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando el empleador haga uso de la facultad unilateral de terminación del contrato de trabajo con justa causa, deberá cumplir con las siguientes garantías obligatorias, cuya exigibilidad se impone, y así se resaltarán en la parte resolutive de esta sentencia, por resultar la única interpretación conforme con la Constitución Política, a saber:**

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
PRIMERO -Inmediatez-	<i>Debe existir una relación temporal de cercanía o inmediatez, o un término prudencial entre la ocurrencia o conocimiento de los hechos y la decisión de dar por terminado el contrato. De lo contrario, se entenderá que el motivo fue exculpado, y no se podrá alegar para fundamentar la resolución del vínculo.</i>

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
SEGUNDO -Causales taxativas-	<i>La decisión sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo solo se puede sustentar en una de las justas causas, expresa y taxativamente, previstas en la ley.</i>
TERCERO -Comunicación de motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato-	<i>Se impone comunicar al trabajador las razones y los motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato. Lo anterior, siguiendo lo dispuesto en los artículos 62 (parágrafo) y 66 del CST.</i>
CUARTO -Existencia y aplicación de procedimientos específicos de terminación del vínculo contractual-	<i>Como se anotó con anterioridad, se exige observar los procesos previamente establecidos en la convención o pacto colectivo, en el reglamento interno, en un laudo arbitral o en el contrato individual de trabajo, siempre que en ellos se establezca algún trámite o procedimiento específico para dar fin al vínculo contractual. Esta exigencia se extiende a los casos en que el ordenamiento jurídico imponga la obligación de agotar un procedimiento determinado.</i>
QUINTO -Exigencias de cada una de las causales y preaviso respecto de algunas de ellas-	<i>Se impone acreditar el cumplimiento de las exigencias propias y específicas de cada causal de terminación, conforme se explicó en el numeral 109 de esta providencia. Entre ellas, cabe destacar de manera particular, la prevista en el inciso final del literal a), del artículo 62, del CST, conforme al cual: “En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso con anticipación no menor de quince (15) días”.</i>
SEXTO -Respeto debido en la relación laboral-	<i>A partir de esta sentencia, y como resultado de la unificación jurisprudencial, se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, esto es, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerza su potestad unilateral de terminación. En consecuencia, no se menoscaba la dignidad humana del trabajador, al permitirle ser escuchado frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada. Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del debido proceso.</i>

En consecuencia y como señala la Corte esta es una garantía no solo para el trabajador, pues deben ser escuchadas sus explicaciones, sino que también lo es para el empleador que otorga y respeta ese derecho.

Para la Sala es claro y ello luego de analizar las pruebas que aparecen en el expediente, que el empleador, contrario a lo afirmado por la recurrente garantizó y respetó el derecho del trabajador a ser escuchado, sin que de manera alguna se encuentre vulnerada, la constitución ni la ley, y sin desconocimiento alguno de la sentencia C 593 de 2014, la cual se refiere al artículo 115 del C ST, esto es al procedimiento en caso de sanciones, siendo claro se itera, que el despido no lo es, sin que ello signifique tampoco que no se otorgue al trabajador el derecho a ser escuchado.

Es así como revisado el expediente se encuentra citación a descargos al demandante, la cual fue enviada el 2 de septiembre de 2020, diligencia que fue programada para el 3 de septiembre de mismo año. De igual forma la empresa antes de la diligencia de descargos le informó la apertura de un proceso en el que informaba los hechos que daban lugar al mismo y reiteraban la citación a la diligencia de descargos.

La diligencia fue realizada de manera virtual y antes de empezar se deja constancia sobre las pruebas que dan lugar a la investigación, esto es chat de whatsapp de fecha 26 de agosto y la versión libre que rindiera la señora Valeria Flórez Medina, que dio lugar a la actuación.

Frente a esta diligencia el demandante el 4 de septiembre de 2020, formula observaciones. Manifestando que no se dio cumplimiento al artículo 50 del reglamento interno de trabajo, y así mismo hace otros pronunciamientos sobre los hechos y la versión de la quejosa.

La demandada posteriormente, no solo envía documentos solicitados por el demandante, sino que el 8 de septiembre de 2020, cita nuevamente al actor a una ampliación de descargos y remite documentos tales como reglamento interno, código de ética, contrato, manual de funciones entre otros. Así mismo envía un cuestionario de ampliación de descargos otorgando plazo hasta el 9 de septiembre para que lo responda y envíe.

El 9 de septiembre de 2020, el actor envía documento que denomina respuesta cuestionario diligencia ampliación de descargos y observaciones a proceso disciplinario; solicitado se archive la investigación en su contra.

En ese orden la Sala encuentra que la demandada, no vulneró se itera, el derecho del trabajador a ser escuchado y a presentar justificaciones sobre los hechos que se pusieron de presente en la citación a descargos, incluso en exceso, toda vez que se

itera, ni la C P, ni la ley, ni el reglamento interno en este caso contempla un procedimiento previo al despido, con traslado de pruebas y otras ritualidades, pues solo lo consagra para sanciones; sin que se haya desconocido eso si la obligación de escuchar al trabajador, reitera la Sala incluso en exceso. En ese orden no existió un mal procedimiento como afirma la recurrente; razón por la cual, resuelto este punto, es decir encontrado el despido legal, pasa la Sala a revisar la indebida valoración probatoria (puntos i y ii), a fin de determinar si en verdad se equivocó la Juez cuando encontró la justa causa invocada plenamente acreditada.

Al respecto lo primero que precisa la Sala es que, en este proceso, no estamos ni evaluando, ni analizando la conducta de la denunciante, señora Valeria Flórez Medina, a quien no solo debe garantizársele su derecho a adelantar las acciones que considere necesarias en su condición de presunta víctima, sino que también debe excluirse de cualquier juicio, que pueda justamente re victimizarla; luego nada podía decir la Juez, ni menos esta Sala sobre si se le exonera o no de algo, como se sostiene en el recurso, pues ella solo actuó en el proceso como testigo y ante la empresa como denunciante de la conducta del trabajador, denuncia que dio lugar a la investigación de los hechos que a la postre dieron lugar a la terminación del contrato.

Hecha esta precisión la Sala se referirá al punto del recurso en el que se afirma que el demandante no era jefe de la denunciante.

Es del mismo recurso que la Sala puede concluir que este argumento carece de apoyo fáctico y jurídico, pues una cosa es que no haya sido el jefe directo y/o inmediato y otra que no lo sea, esto es que jerárquicamente no solo imparta instrucciones, sino que actúe con tal y ello se itera, lo reconoce la recurrente cuando afirma que era jerárquicamente hablando, el superior de la señora Flórez Medina y quien claramente por ser el Director de categoría de deportes, tenía esas actividades justamente bajo su dirección.

Claro resulta, que su nivel directivo no solo lo ubica como un trabajador de ese nivel, esto es dirección, sino de confianza y manejo lo que evidentemente lo hace un representante del empleador y así se pactó desde que se suscribió el contrato el 1 de febrero de 2012, contrato de trabajo a término indefinido- salario integral- personal de dirección confianza y manejo; esto a la luz de lo establecido en el artículo 32 del CST norma que conviene recordar en su parte pertinente:

“Son representantes del empleador y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes administradores.....”

En ese orden sin duda, esta Sala puede concluir que el demandante no era un compañero de la demandante, ubicado en su mismo nivel, sino que, por el contrario, incluso en un nivel superior al que el pretende atribuir la jefatura; señor Bojaca; representaba al empleador; luego se itera, sin duda ejercía subordinación frente a la señora Flórez Medina, equivocándose la recurrente cuando pretende determinar la jefatura únicamente en la persona que en un momento dado concede permisos, desconociendo así la estructura y nivel jerárquico de una empresa.

En conclusión, si era el demandante el superior de la denunciante, representaba al empleador y se obligaba frente a los trabajadores, ella incluida, obligaciones que desde luego incluyen el riguroso comportamiento en las relaciones derivadas de ese ambiente laboral.

Superado este punto la Sala precisa desde ya que la justa causa invocada fue debidamente acreditada y que se equivoca la recurrente cuando afirma que esta conclusión no está apoyada en las pruebas, la cuales sí fueron debidamente valoradas. Veamos.

En primer lugar, no es cierto que la decisión se haya basado en la sola denuncia o versión libre como se le denominó en contra del trabajador demandante, ni por el empleador, que tuvo en cuenta otras, ni por la Juez que se itera valoró todo el acervo probatorio; así como tampoco se itera y recuerda, deba hacer el empleador traslado de pruebas antes de los descargos, siendo claro que contrario a lo afirmado en el recurso al trabajador si se le informaron los hechos por los cuales era citado y a ellos justamente se refirieron las preguntas.

Es así como aparecen en el expediente los mensajes vía WhatsApp, los cuales se tienen como documentos válidos; entre ellos el enviado el 23 de junio en el que el demandante le dice a la denunciante textualmente: “Te debo un día de spa entonces para que no te me vayas a estresar” y actor seguido también le dice “Felicitaciones!!! Excelente trabajo”.

En ese contexto es fácil concluir que el spa ofrecido, lo fue de manera directa relacionado con y por aspectos laborales; esto es como consecuencia de un trabajo realizado.

Posteriormente el 25 de agosto de 2020 el demandante le dice a la denunciante por este mismo chat: “Como no vas a tener semana de descanso te gustaría ir al spa este viernes en la tarde o sábado en el mañana”, y luego dice “Confirmado viernes 3:40 pm/ Kra 16#141-86”. En esa misma conversación y ante la pregunta sobre si debe o no llevar algo de ropa el actor dice “es sin ropa”. Finalmente, otro chat da detalles sobre las condiciones del encuentro en el sitio de denunciante y el trabajador aquí demandante.

Con esta documental se prueba que el demandante si invitó a un SPA a la señora Flórez Medina y lo hizo como resultado y bajo el contexto laboral y no como pretendió luego decir, que había sido iniciativa de la denunciante, lo que se opone a normas previstas no solo en la ley, sino en los reglamentos tanto interno como de ética que impone guardar con rigurosidad una correcta relación entre como ya dijimos no solo compañeros de trabajo, sino que, con mayor razón entre un directivo y una trabajadora ante la cual es representante del empleador; sin que sobre recordar que solo se debe en esta caso analizar la conducta de quien dice no incurrió en una falta alguna y acude a la jurisdicción en procura de indemnización y no de la persona que se itera solo actúa como denunciante y testigo.

Esta Sala no puede pasar por alto que el contrato de trabajo, según lo dispuesto por el artículo 55 del CST debe ejecutarse de buena fe y por consiguiente dice la norma: “obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por ley pertenezcan a ella”

Y nada más propio de la naturaleza del contrato que una debida y armónica relación entre directivos y trabajadores, sino también una relación basada en la confianza derivada de expresar siempre la verdad y no como en este caso, en donde el demandante, aunque en la versión de descargos confiesa algunos hechos, luego en la ampliación de ellos e incluso en el juicio, trata o bien de negarlos o bien justificarlos con solo afirmaciones carentes de respaldo, sin que ello signifique y aclara la Sala, que deba el probar nada en cuanto el despido, eso lo hace el empleador, sino no es posible aceptar contradicciones tan evidentes, lo que prueba aún más la conducta atribuida como justa causa.

Y es que siendo claro que fue el demandante quien ofreció vía chat, el SPA; en diligencia de descargos que fue iniciativa de la de la denunciante y que solo la ayudó a programar o gestionar una cita en un spa, que solo la ayudó a coordinar la cita y aunque afirma que si le dijo la denunciante que era un spa tántrico, según dice porque era lo único abierto en la pandemia, en las conversaciones por WhatsApp,

solo menciona spa, aunque en ese medio dice que le debe un spa dando a entender que es un reconocimiento, en los descargos afirma que el no pagó el servicio, que no hizo invitación alguna, para luego en la ampliación decir que fue consensuado; luego salta a la vista la contradicción y omisión de verdadera información, lo que se opone se itera a una ejecución del contrato basado en postulados de buena fe.

Finalmente; la Sala destaca que corresponde a otra especialidad de la jurisdicción ordinaria, determinar lo que sucedió en el spa, según lo afirmado por la denunciante tanto en la versión libre como en la declaración en este proceso; siendo claro que la justa causa invocada para terminar el contrato si fue demostrada como concluyó la Juez; pues evidentemente el demandante incurrió en actos que atentan contra el compromiso adquirido por un directivo en relación con los trabajadores y como representante del empleador, comprometiéndolo con sucesos que definitivamente no son lo pactado en el contrato, ni lo que contemplan los reglamentos y la Ley; siendo claro que en estos casos lo primordial es establecer con el material probatorio la ocurrencia de la causal, lo que efectivamente sucedió.

Por lo expuesto se impone CONFIRMAR la sentencia apelada., que llegó a idéntica conclusión sin que los argumentos de la recurrente tengan la fuerza para quebrar la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lorenzo - R'.

LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 27-2019-022-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 abril 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, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 9 de junio de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuara en abril de 1998, y que en consecuencia se condene a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías al retorno y traslado de los aportes que posea en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos al RPM.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de septiembre de 1959, que realizó aportes al RPM del 23 de diciembre de 1986 hasta el mes de octubre de 1998, que en esta última fecha fue visitada por asesores comerciales de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías cuando se encontraba en la Universidad Antonio Nariño donde ejercía el cargo de docente de planta, que la asesora de Colfondos S.A. sin previa capacitación suficiente ni orientación técnica adecuada respecto de las características del RAIS la incentivó a afiliarse manifestándole la conveniencia del fondo privado al tener mayores rentabilidades sin darle una explicación sobre los riesgos y beneficios que caracterizan el RAIS.

Señala que se le informó que el porcentaje de la pensión de vejez sería superior en el RAIS que en el RPM, afirmación que hizo la asesora sin sustento real y técnico que pudiese corroborarse, que igualmente se le manifestó que la mesada pensional que obtendría equivaldría al 90% del último salario mensual devengado, además que tendría la posibilidad de pensionarse en cualquier tiempo y retirarse cuando escogiera el Fondo de Pensiones. Así mismo, que la liquidación del ISS era inminente, circunstancia que colocaba en riesgo los aportes que había realizado por lo que su pensión de vejez podría perderse, que la actora accede a la firma del formulario convencida que lo informado por la asesora de Colfondos S.A. era cierto, efectuándose así el cambio del RPM al RAIS, quedando la afiliación en firme en el mes de noviembre de 1998.

Expone que al cumplir 59 años de edad y tener cotizadas más de 1.600 semanas, se acercó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías en donde se le indicó que su pensión no sería superior a \$1.600.000, mientras que el reconocimiento del derecho a la pensión en Colpensiones, la mesada sería de \$5.307.826, que al trasladarse al fondo privado nunca se le informó que su



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

expectativa de pensión iba a ser inferior a la que hubiera podido recibir en el ISS hoy Colpensiones, pues de ser así no se hubiese trasladado al RAIS.

Refiere que le fue violado el derecho al consentimiento informado por parte de Colfondos S.A. a través de su asesor, que elevó derecho de petición ante Colpensiones en el que narró las situaciones fácticas que la indujeron a engaño al momento de firmar el formulario de afiliación a Colfondos S.A., por lo que solicitó el traslado del RAIS al RPM, petición que fue respondida de manera negativa. Por último, indica que presentó derecho de petición ante Colfondos S.A. narrando su situación fáctica y que fu inducida a error al momento de suscribir el formulario de afiliación, que el fondo privado accionado dio respuesta negando la anulación de la afiliación.

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 3, 27 a 29 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 y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

Por su parte, **Colfondos S.A.**, de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, negó los hechos contenidos en No. 5 a 10, 13, 16 a 25, 30 a 33 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR del régimen de prima media con prestación definida administrado por la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a afiliar nuevamente a la señora AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS al pago de las costas del proceso en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico planteado se circunscribía a establecer si era ineficaz el traslado del Régimen con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante en noviembre de 1998, y por ende, si debían trasladarse los aportes que poseía en su cuenta de ahorro individual en Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al RPM administrado por Colpensiones; como remisión normativa hizo alusión a las de la CSJ Sala Laboral: la primera 31989 del 8 de septiembre de 2008, Sentencia 33083 del 2 de noviembre de 2018, Sentencia 12136 del 3 de septiembre de 2014, Sentencia 19447 de 2017, 1452 del 3 de abril de 2019, 1421 de 2019, y 1467 de 2021.

Indicó que la señora Aura Herminda López Salazar nació el 21 de septiembre de 1959, como se verificó de la cédula de ciudadanía a folio 19 de la subsanación de la demanda, que cotizó al ISS por un total de 516.59 semanas entre el 29 de diciembre de 1986 y el 31 de septiembre de 1998, según el reporte de semanas de cotización aportada, que la demandante se encontraba afiliada a Colfondos desde noviembre de 1998, como se advierte en la historia laboral de folios 20 a 39 del expediente digital.

Manifestó la Juzgadora de primer grado que la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría brindada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondió a esta demandada y no a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

demandante como lo dejó claro la línea jurisprudencial de la CSJ Sala de Casación Laboral, que no obró en el plenario prueba alguna que acreditara que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, pues con la única prueba con la que contó la administradora demandada y con la que pretendió demostrar la debida información otorgada a la demandante es la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no fue posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento le dio el respectivo asesor, por lo que no pudo tenerse como prueba del consentimiento informado que debió manifestar la demandante al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la CSJ en las sentencias que se tomaron como premisas normativas.

Que la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras estableció que la carga probatoria es de ellas ante un afiliado lego que solicita su traslado y que es obligatorio que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria para trasladarse al RAIS, que dicho requisito no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieran una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o bien un derecho adquirido a la pensión, como en este caso, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por el incumplimiento del deber de información sino que por el contrario, la violación de este deber se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

Que Colfondos S.A. había incumplido de manera notoria el deber de proporcionarle la información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en el él, por lo que también se incumplieron los deberes de buen consejo y asesoría vulnerándose así los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre los regímenes pensionales, por lo que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS declaratoria que trajo como consecuencia que no produjo efecto alguno el traslado a Colfondos S.A., por lo que se condenó devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Aura Herminda López Salazar como cotizaciones,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado tal como lo dejó claro la Sala de Casación Laboral en la Sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, y sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión, correlativamente, Colpensiones deberá afiliar nuevamente a la demandante al RPM y recibir las cotizaciones provenientes de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

Respecto de la prescripción indicó que la CSJ en las Sentencias 1421 y 1688 del año 2019, señaló que no opera la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado del régimen pensional no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acordes con los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial. Por lo tanto declaró no probada esta excepción.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** señaló que tal y como se indicó en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por la demandante recibido por la AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría, que al ser un asunto probatorio Colpensiones no tiene documentos o conoció en su momento la mencionada asesoría recibida por la parte actora, quedando sujeta a aquello que la AFP del RAIS logre demostrar en relación con su gestión acorde al Estatuto del Consumidor, leyes y decretos que regulen la afiliación de los particulares al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que revisados los formularios de afiliación y traslado firmados por la demandante suscritos bajo la gravedad del juramento, en los mismos se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad, las afiliaciones de la parte actora al RAIS se realizaron con el lleno de los requisitos legales y en las oportunidades pertinentes, no manifestó su deseo de retractarse de las mismas razón por la cual no puede ordenarse el regreso automático al RPM administrado por Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Indicó que se deduce que en la decisión libre, voluntaria y sin presiones y en las oportunidades legales la accionante nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, trajo a la postre que la misma asumiera las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos en el RAIS por más de 3 años, de modo que no es procedente alegar después de dicho periodo que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, lo que significa que por lo menos la vinculación a la AFP del RAIS se ajustó a la ley y goza de plena y total validez. Entonces, al haber fundado la parte actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de la AFP Colfondos S.A., a la cual estaba afiliada, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil y 167 del CGP le correspondía la carga de probar dicha afirmación lo que brilló por su ausencia en el presente caso sentándonos en los hechos y las pretensiones de la parte actora, se tiene que estas no estaban llamadas a prosperar por cuanto carecen de la reunión total de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS al RPM.

Refiere por último que el actuar de Colpensiones siempre ha estado sujeto al elemento plasmado en Sentencias como la C-789 de 2002, SU-062 de 2010, C-124 de 2004, SU-130 de 2011, T-060 de 2011, entre otras que han tratado a fondo el asunto de la ineficacia y nulidad del traslado, por ende, se puede afirmar que la señora Aura Herminda López no tiene derecho a regresar al RPM administrado por Colpensiones, así como tampoco al traslado por parte de la AFP de todos los aportes de frutos e intereses, entre otros conceptos causados en su cuenta de ahorro individual.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso interpuesto por la demandada Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR, 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, fue a través de Colfondos S.A., el 1 de diciembre de 1998.

En este orden, si bien se solicitó la declaratoria de nulidad, lo cierto es que alegó este efecto por falta al deber de información, escenario en el cual, lo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pretendido, se estudia bajo la figura de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; 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 RPM, 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, obligación que en efecto le asistía a las administradoras **desde su creación legal**, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo señalado 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. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Aura Herminda López Salazar, 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 entonces Colfondos S.A., administradora a la que se afilió 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.

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. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, 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 esa AFP,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

probar el suministro de dicha información a la señora Aura Herminda López Salazar, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió para el caso bajo estudio.

Es así como tampoco resulta de recibo la afirmación de la recurrente, según la cual, el formulario de afiliación resulta suficiente para dar por demostrado el consentimiento informado del 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 bien, tampoco resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual la permanencia de la demandante en el RAIS tiene la virtud de ratificar su afiliación en ese régimen, por cuanto el acto primigenio de traslado, no nació a la vida jurídica ante la omisión del deber de información al que tantas veces se ha hecho alusión, lo que de igual forma determina que su permanencia en este régimen se reputa inexistente por virtud de la ineficacia declarada y que se advierte, se confirmará en esta oportunidad.

Por último, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27201900022-01 Dte: AURA HERMINDA LÓPEZ SALAZAR Ddo.: COLPENSIONES
Y OTRO

M o - 1 0 - 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. 29-2021-158-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ORLANDO MURCIA LEÓN

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Veintiocho (28) días del mes de abril 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 parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 2 de junio de 2022.

ANTECEDENTES

El señor ORLANDO MURCIA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que acredita 1852 semanas cotizadas, que la demandada al liquidar la prestación de vejez, aplicó a su caso la normatividad menos favorable (Ley 33 de 1985), sin tener en cuenta la densidad que cotizaciones, peticiona se declare que la tasa de reemplazo para el reconocimiento de dicha prestación es del 90%; ordenándole a la demandada reliquidar la misma a partir del 30 de julio de 2012, junto con retroactivo e indexación, de manera subsidiaria peticiona se reliquide con fundamento en lo establecido en la Ley 797 de 2003, con una tasa de reemplazo del 85%.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la demandada el reconoció derecho pensional a través de resolución GNR 254057 del 10 de octubre de 2013 a partir del 1 de enero de dicha anualidad, por valor de \$775.968, con un IBL de \$1.034.624 y una tasa de reemplazo del 75% con fundamento en la Ley 33 de 1985 por virtud del régimen de transición, sin tener en cuenta que acreditó 1871 semanas cotizadas, ni que el promedio salarial sobre el que cotizó, los últimos 10 años, ascendió a \$1.448.878.

Indica que la demandada negó su solicitud de reliquidación indicado que se tuvo en cuenta para el efecto 1019 semanas de cotización y el tiempo trabajado con Indumil, decisión contra la cual interpuso los recursos de Ley, siendo confirmada.

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 1 a 3 y 6 a 11 y negó los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez de conocimiento en síntesis que no había sido objeto de reparo que el actor es beneficiario del régimen de transición, en virtud del cual, le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1 de octubre de 2013, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, que con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, existían varios regímenes pensionales que dependían de la calidad que ostentarán los Trabajadores del Estado colombiano, para los particulares, el Acuerdo 049 de 1990, el régimen de los servidores públicos, que no

cotizaban al ISS ante la existencia de diferentes cajas de previsión social y a quienes se les aplicaba la Ley 33 de 1985 y también existía la ley 71 del 1988 que permitiría acumular tiempos públicos y privados, conocida como la de jubilación por aportes y una vez se promulgó la Ley 100 de 1993, queda único régimen pensional que previó en el artículo 36 el régimen de transición, el y que se podría aplicar a la Las personas que tuviesen 15 años cotizados a las mujeres hubiesen cumplido 35 años de edad y a los hombres 40 años para el 1 de abril de 1994, a quienes se les podía aplicar las previsiones del régimen anterior según su caso.

Que con posterioridad al 1 de abril de 1994, así se venían reconociendo las pensiones y en el año 2014 la Corte Constitucional promulgó la sentencia SU 769 de 2014 que permitió aplicar o sumar mejor tiempos cotizados al Instituto de Seguro Social y tiempos públicos cotizados a otras cajas, acumulados y reconocer la pensión bajo los postulados del Acuerdo 049 del 90, ello por cuanto la Corte consideró que en algunos casos con los regímenes anteriores no se podía reunir los requisitos y entonces las personas no podían gozar el derecho pensional, así, en algunos casos específicamente porque en los términos del Acuerdo 049 del 90, no se reunían los requisitos de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores de cotización, finalmente la Corte Suprema de Justicia, en sentencia es SL 1981 y anteriores, acoge ese criterio de la Corte Constitucional y señala que es posible para el reconocimiento de la pensión acumular tiempos cotizados al ISS o a otras cajas o fondos de previsión social.

Que conforme las sentencias citadas, indicó el señor demandante que cotizó al ISS y también laboró al Ministerio de Defensa y a la Industria Militar; no obstante, lo dicho por la Corte Constitucional y lo dicho por la Corte Suprema, en el caso del actor, no se trataba del reconocimiento de una pensión, caso en el cual, podría aplicarse el precedente previsto en las sentencias mencionadas, sentencias estas que fueron posteriores al reconocimiento de la pensión del actor y reiteró que las sentencias hablaban de reconocimiento pensional, no de reliquidación, por ello, no eran aplicables al caso, aunado a ello, se debía respetar el principio de inescindibilidad de la norma, no pudiendo el demandante pretender que para el reconocimiento de su pensión, se tuviera en cuenta, la edad

consagrada en la Ley 33 de 1985 y el porcentaje señalado en el Acuerdo 049 del 90 o en la ley 797 de 2003, por cuanto el actor había nacido el 30 de julio de 1957, es decir, había alcanzado los 60 años el 30 de julio de 2017 y 62 años en el 2019, y conforme al Acuerdo en mención para tener derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, se debían haber cotizado 1000 semanas en cualquier o 500 durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida y en lo que tiene que ver con la edad haber cumplido 60 años si es hombre y para el caso del actor, la Ley 797 de 2003, estableció que a partir del año 2015, para el reconocimiento necesita haber cumplido 62 años, por lo que teniendo en cuenta que el demandante era beneficiario del régimen de transición y que con anterioridad al año 2014 no contaba con 60 años, ni aun aplicando la condición más beneficiosa, no habría lugar a la reliquidación petitionada porque la norma más favorable para el momento en que se reconoció pensión al actor, era la Ley 33 del 85 que le permitía como así lo fue, pensionarse a los 55 años de edad, esto es, una edad inferior que la indicada en las normas bajo estudio, con una tasa de reemplazo del 75%, por ello las con las normas cuya aplicación invoca, la edad se cumpliría conforme allí se indica, se cumpliría en años posteriores al reconocimiento pensional del que venía disfrutando desde los 55 años edad, no habiendo lugar a acceder a la reliquidación petitionada.

CONSIDERACIONES

En este caso, como bien lo señaló la decisión de primer grado no existe discusión respecto a que al demandante le fue reconocido derecho pensional por la demandada bajo las previsiones del régimen de transición y en aplicación de la Ley 33 de 1985, mediante acto administrativo resolución GNR 254057 del 10 de octubre de 2013 aportado por las partes, reconocimiento que se efectuó a partir del 1 de enero de dicha anualidad.

Respecto a la sumatoria de tiempos públicos y privados para obtener pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990, se tiene que conforme criterio jurisprudencial, no se admitía tal posibilidad; no obstante, esa postura fue modificada por esa la Sala Laboral de la CSJ, mediante la sentencia SL1947 del 1 de julio de 2020, radicación 70918, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez, oportunidad en que indicó:

“A las pensiones derivadas régimen de transición de la Ley 100 de 1993 le es aplicable el cómputo de tiempos públicos y privados, pues i) pertenecen al sistema general de seguridad social, ii) los aportes a seguridad social del afiliado se basan en el “trabajo humano” al margen del sector público o privado en el que hayan prestado los servicios y iii) si bien se conserva la edad, el tiempo y el monto de la ley anterior, en lo demás son gobernadas por la mencionada ley que, finalmente, es la fuente que permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación”.

Merece la pena recordar que de antaño en la sentencia con radicado N°23611 del 4 de noviembre de 2004, reiterada en las sentencias SL9088-2015, SL12701-2016, SL5514-2018, SL4739-2019 y SL507-2020, indicó que para efectos de obtener la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, se contabilicen las semanas cotizadas al ISS junto con los tiempos laborados a entidades públicas, de modo que, el cómputo ordenado en la manera prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse aplicable tanto para las pensiones reguladas integralmente por esa ley, como para las que se originan bajo el régimen de transición, como es el caso del Decreto 758 de 1990.

Es así como contrario a lo indicado por la decisión de instancia, tal posibilidad también se contempla para reliquidación pensional, no obstante lo anterior, la misma Corporación de cierre de la jurisdicción laboral, señaló en reciente sentencia SL 3484 del 14 de septiembre de 2022, M.P. Luis Benedicto Herrera la **improcedencia de tal sumatoria, cuando como en el caso del actor, la prestación pensional de que disfruta, fue reconocida bajo los apremios de la Ley 33 de 1985**, en los siguientes términos:

Las anteriores consideraciones serían suficientes para la prosperidad del cargo, si no fuera porque la Sala observa que del material probatorio obrante en el plenario se evidencia que al demandante le fue reconocida y pagada la pensión bajo la Ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición, a partir del 1 de abril de 2014, es decir, en tiempo anterior al cumplimiento de los 60 años de edad exigidos para la pensión de vejez por el Acuerdo 049 de 1990.

En efecto, el recurrente nació el 30 de agosto de 1954, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2014, lo que significa que para la fecha en que Colpensiones ordenó el reconocimiento y pago de la pensión, 1 de abril de 2014, aun no reunía las exigencias para causar el derecho según lo dispuesto en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 y, por esta razón, no tiene derecho a la reliquidación con una tasa de reemplazo del 90%, como así lo solicita.

Al respecto, conviene recordar que tanto la Ley 33 de 1985 como el Acuerdo 049 de 1990 resultan aplicables en virtud del régimen de transición, pero solo en lo que atañe a la edad, tiempo y monto, pues las demás condiciones y requisitos se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, se hace posible sumar tiempos públicos y privados para efecto de computar las semanas bajo cualquier régimen que cobre vigencia por la transición, con fundamento en el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1 del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo dijo la Sala, se itera, en la sentencia CSJ SL1947-2020.

En ese orden, debe tenerse presente que el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 consagró para el sector público la pensión de jubilación de la siguiente manera: «El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio».

Por su parte, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de ese mismo año, estableció que tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: « a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo ».

Así las cosas, mientras la Ley 33 de 1985 exigió como requisito para los hombres una edad de 55 años, el Acuerdo 049 de 1990 estableció que la edad requerida era de 60 años, con lo cual se evidencia entre los dos regímenes una diferencia de cinco años en las edades para la causación del derecho, no obstante, en principio, ello no debería impedir la reliquidación pensional basada en la sumatoria de tiempos públicos y cotizados al ISS.

Sin embargo, la reliquidación se torna improcedente cuando la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.

De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida.
(negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se tiene que uno de los argumentos de la decisión de primer grado para negar lo pretendido, como lo

es, el cumplimiento de la edad prevista para acceder a derecho pensional conforme el Acuerdo 049 de 1990, resulta acertado, en tanto es claro que el actor se le concedió pensión a partir de los 55 años de edad, data para la cual, no había alcanzado la edad prevista en el acuerdo en mención para determinar la procedencia de la aplicación de dicha normatividad respecto de la reliquidación petitionada, razones que resultan suficientes para **confirmar** la sentencia consultada.

Sin costas en el grado jurisdiccional

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RIOSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2020-301-02

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE HENRY LAUTERO CIFUENTES

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de abril 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, fueron remitidas las de las de la demandada, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

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

JORGE HENRY LAUTERO CIFUENTES, mediante apoderado, instauró demanda contra **de EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ SA ESP** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1 de Julio de 1988 y el 24 de abril de 2019, que fue terminado en forma unilateral y sin justa causa. En consecuencia, **solicita como pretensiones principales** el reintegro al cargo, pago de salarios, prestaciones, aportes, desde el despido.

En forma subsidiaria solicita: el reconocimiento y pago a favor de mi poderdante de la **indemnización** por los perjuicios materiales y morales ocasionados por la terminación ilegal e injusta de su contrato de trabajo, indemnización adicional a la establecida en la CCT, a efectuar el reconocimiento y pago de reliquidación de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales causadas a la finalización del contrato de trabajo, a efectuar el reconocimiento y pago a favor de mi poderdante de la indexación de las sumas que resulten reconocidas, a efectuar el reconocimiento y pago de las costas procesales y agencias en derecho que se causen en el juicio. (Expediente Digitalizado).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que el demandante ingresó a laborar al servicio de **LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P. “ETB S.A E.S.P”** mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de Julio de 1988, que el último cargo desempeñado fue el de **INSTALADOR REPARADOR**, que el último salario básico fue de \$2.500.000, que el 24 de Abril de 2019, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo suscrito con el demandante en forma unilateral y sin justa causa, que el demandante al momento de la terminación de su contrato de trabajo se encontraba afiliado a SINTRATELEFONOS y fue beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre SINTRATELEFONOS y ETB S.A E.S.P, que se agotó la reclamación administrativa el 5 de Noviembre de 2019, que la organización sindical a la cual se encontraba afiliado el demandante, se opuso a la privatización de la empresa iniciada por el entonces alcalde, y movilizó a todos sus afiliados y activistas en acciones de rechazo frente a la pretendida privatización, actividades en las cuales participó el demandante, que ante ello la empresa, dispuso el despido para el 24 de Abril de 2019 de un número indeterminado trabajadores sindicalizados con el pago de una indemnización, entre los cuales se encontraba mi mandante, que en un periodo menor a 6 meses, ETB S.A E.S.P incurrió en despido colectivo de trabajadores sin la autorización del ministerio de trabajo, que la demandada cuenta con un número superior a 1000 trabajadores, por lo que en los términos del Artículo 67 de la Ley 50 de 1990, en un término inferior a 6 meses no podía proceder al despido de trabajadores en número equivalente al 5% sin autorización del ministerio del trabajo, que en un solo día despidió 42 trabajadores, superando en 6 meses el número de trabajadores contemplado en la norma, que los despidos de trabajadores sindicalizados se ha presentado como consecuencia de las acciones de rechazo por parte de SINTRATELEFONOS y sus trabajadores afiliados, frente a la pretendida venta y privatización, que la demandada, previo al despido NO cumplió con el requisito establecido en la Sentencia T-764/2005, consistente en que para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la legislación laboral otorga al empleador, respecto de trabajadores sindicalizados, proceda a informar previamente de tal propósito al sindicato

respectivo, en los términos expresados en la jurisprudencia constitucional, que por lo anterior, se desconoció el derecho de asociación sindical y el despido se torna ineficaz, que la Corte Constitucional adoptó la decisión de PREVENIR a ETB S.A E.S.P para que previo al despido de trabajadores sindicalizados, informara al sindicato al cual se encuentran afiliados los trabajadores, según sentencia T-1328/2001, que se causó un agravio injustificado al demandante con su desvinculación unilateral e injusta, irrogándole perjuicios de orden material y moral, dado que las razones y motivos que dieron origen a su contratación aún subsisten, que el demandante desde la fecha del despido no percibe ingresos que le permitan procurarse una subsistencia digna, que con posterioridad a la fecha del despido, tuvo que acudir a tratamientos médicos derivados del decaimiento en su salud, que ha sufrido un profundo daño moral, derivado de la terminación unilateral de su contrato de trabajo, que de otra parte no cuenta con los requisitos para obtener su derecho pensional, que tanto él como su núcleo familiar, derivaban su sustento del ingreso salarial mensual devengado por el demandante, núcleo familiar que ahora ha resultado afectado con la decisión intempestiva y abrupta de terminación del contrato de trabajo, que a la finalización del vínculo laboral no se le han cancelado los salarios y prestaciones sociales conforme lo establecido en la CCT suscrita entre SINTRATELEFONOS y ETB S.A E.S.P, que las prestaciones sociales de carácter extralegal no fueron liquidadas conforme al salario promedio devengado. (Expediente Digitalizado).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, asegurando que la terminación del contrato fue eficaz y válida, sin que exista obligación alguna de informar al sindicato de las mismas, sin que puedan extenderse las tutelas que se invocan. En cuanto a los hechos aceptó el contrato, negando en su mayoría los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de pagar indemnización indexación, perjuicios o costas procesales, falta de supuestos fácticos y probatorios que soporten las pretensiones de la demanda y genérica. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el tres (3) de mayo de dos mil veintidós, (2022), por la que resolvió **ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora.**

Para llegar a esa conclusión afirmó la Juez “.*El artículo 22 del CST define lo que debe entenderse por contrato de trabajo, el artículo 23 consagra los elementos esenciales, siendo estos: servicio personal, subordinación, dependencia y salario;*

dentro de las pruebas que se incorporan al plenario aparece un contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la demandada el 1 de julio de 1998, se incorpora igualmente una certificación expedida por la líder del centro de servicios al trabajador de la gerencia y gestión del talento humano de la empresa de telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP en donde se certifica que revisada la historia laboral y los sistemas de información en ella registrada, el señor Jorge Henry Lautero Cifuentes prestó sus servicios en la ETB S.A. ESP desde el 1 de julio de 1998 hasta el 24 abril del año 2019, el último cargo desempeñado fue como auxiliar distribuidor general de dirección, aseguramiento de servicios masivos; por lo que en el caso que nos ocupa, la primera declaración que debe realizarse es que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo, que comenzó a regir el día 1 de julio de 1998 y se dio por terminado el día 24 de Abril del año 2019. Tendríamos entonces que entrar a revisar cuál es la causa o motivo de terminación de este contrato de trabajo, en los hechos de la demanda se indica que el contrato terminó de manera unilateral y sin justa causa, por lo que conforme al principio de carga de la prueba es al demandante a quien le correspondería acreditar que efectivamente dicha circunstancia acaeció; esto es que el contrato de trabajo fue terminado de manera unilateral sin que existiera justa causa para ello, **al revisar la liquidación del contrato de trabajo aparece un rubro de indemnización en donde al demandante se le cancela un monto de \$70.474.552 pesos por concepto de indemnización, circunstancia más que suficiente para que esta operadora judicial proceda a declarar que el contrato de trabajo existente entre el demandante y la demandada terminó de manera unilateral, sin que existiera justa causa;** en el caso que nos ocupa lo primero que se está solicitando es el reintegro alegando la existencia de un fuero especial creado por la Corte Constitucional y aquí lo primero que tendríamos que entrar a determinar es que el artículo 39 de la CP consagra el derecho de asociación, estableciendo este derecho de asociación en sentido positivo y en sentido negativo en favor de todos los trabajadores, solamente opera la excepción frente a los miembros de las Fuerzas Armadas, Policía y Ejército; igualmente ese artículo 39 constitucional establece que se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. Los convenios 87 y 98 la OIT hacen alusión al derecho de asociación al fuero sindical y a la posibilidad que tienen los trabajadores de organizarse sin que exista ningún tipo de injerencia por parte del estado, estos convenios 87 y 98 hacen parte de nuestra legislación interna. El artículo 405 del Código sustantivo de trabajo define lo que debe entenderse por fuero sindical, indicando que se entiende por fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o aun municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo, el artículo 406 del CST, de manera taxativa establece qué trabajadores están amparados por fuero sindical, indicando que están amparados por fuero sindical, los fundadores del sindicato desde el día de la constitución del sindicato hasta dos meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de 6 meses. En segundo lugar, los miembros adherentes, que serían aquellos trabajadores que se adhieran al sindicato con anterioridad a la inscripción del registro sindical, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores, los miembros de la Junta Directiva y su directiva del sindicato, sin exceder de 5 principales y 5 suplentes, los miembros de los comités seccionales sin pasar de un principal y de un suplente, los miembros de la comisión estatutaria de reclamos que designe el sindicato; por lo que es claro entonces, en el caso que nos ocupa y al revisar las pruebas incorporadas al plenario, que no estaríamos en presencia de uno de los trabajadores enlistados en el artículo 406 del CST, por lo que no estaríamos en presencia de un fuero sindical, previstos en el mismo artículo, aclarando que para acreditar la existencia del fuero, debe allegarse la inscripción en el registro sindical de la respectiva acta de la Asamblea en donde se realizó la designación de dichos directivos, en el caso que nos ocupa, lo que se pretende es la consagración de un fuero especial que protege a a miembros del sindicato, no a directivos, que fue esbozado en la sentencia T 1328 del año 2001, reiterada en la sentencia T 764 del año 2005, cuya aplicación Solicita la apoderada de la parte demandante.

Al analizar con detenimiento la sentencia cuya aplicación se está solicitando. Lo primero que debe resaltarse es que en dicha sentencia, T 1328 del año 2001, establece unas sub reglas para proceder a proteger al trabajador sindicalizado con este fuero especial, estas sub reglas son reiteradas en la sentencia T 660 del año 2010, siendo Magistrado ponente, doctor Jorge Iván Palacio Palacio, cuáles son las sub reglas que señala la Corte Constitucional en las 3 sentencias referidas: la primera, que el número de trabajadores sindicalizados despedidos en este punto se debe explicar que dos de los despidos a que se hace alusión el escrito de tutela se dieron en el mes de octubre del año 2008, es decir meses antes de las acciones tendientes a contar con un socio estratégico y la oposición por parte del sindicato, ya que esta se dio a partir de marzo del año 2009, aspecto sobre el cual se desarrolla la presente acción de tutela. Entonces tenemos que una vez autorizado el plan de capitalización se despidieron 13 trabajadores, miembros de un sindicato con más de 2000 integrantes. La segunda sub regla es el papel de los empleados sindicalizados que se despiden; a pesar de lo expuesto por Sinrateléfonos dentro del expediente no se demuestra que los empleados desvinculados fueran activistas de base o miembros directivos de la asociación sindical. El tercer punto, la frecuencia con que el empleador acude al ejercicio de su facultad de terminación unilateral de contrato sin justa causa, sin duda, el despido tiene un efecto mayor sobre la solidez del sindicato cuando se ejerce en repetidas ocasiones, 4; la oportunidad de que el empleador decida realizar los despidos, pues la estabilidad y capacidad de representación de una organización sindical no es indiferente al hecho de que la terminación de los contratos de sus afiliados ocurre en vísperas de la expiración de la Convención colectiva vigente o en tiempo en los que precisamente el sindicato y el empleador discuten acerca alguna de las condiciones de trabajo existentes. 5; El grado de impacto que los despidos tienen los demás trabajadores sindicalizados, el cual se aprecia en ocasiones con el posterior retiro de otros afiliados o en el enrarecimiento del ambiente de trabajo dentro de una empresa, así además de la intranquilidad que genera entre los empleados agremiados esta práctica, revela la ineficacia de la agrupación para defender los intereses de los afiliados sin duda se desalienta y desnaturaliza la existencia de un sindicato o la pertenencia de los trabajadores al mismo, pues aquellos que ya están afiliados pueden pensar en la conveniencia de su retiro de la asociación para conservar el puesto, lo que no es difícil suponer que ocurre en una situación de desempleo tan grave como la que vive el País y los que aún no se han asociado, lo pensarán dos veces. 6; finalmente es necesario comprobar el ánimo con el que el empleador actúa, este es un elemento fundamental dentro del ejercicio de ponderación que se propone, pues releva la intención con la que obra el patrono de acudir a la terminación lateral sin justa causa de los contratos de trabajo de sus trabajadores sindicalizados, así resulta inaceptable que este prevaliéndose de una atribución legal intenta desmembrar al sindicato, desestimular la afiliación de los trabajadores al mismo o perseguir a sus miembros tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte, pues en todos estos eventos es evidente que la facultad contenida en la ley se convierte en un instrumento que desconoce derechos fundamentales de los trabajadores.

Es claro entonces, como ya indiqué que en la sentencia T 1328 del año 2001 se establece 5 sub reglas, todas concomitantes con el fin de determinar si efectivamente, el despido del trabajador se dio para debilitar o no el sindicato, en la sentencia cuya aplicación solicita la apoderada de la parte demandante, T 764 del año 2005, también se señaló la Corte en esta sentencia que en cada caso concreto, el juez deberá hacer una valoración en conjunto de los distintos factores concurrentes para definir si efectivamente el despido sin justa causa de trabajadores sindicalizados vulnera los derechos constitucionales del sindicato y los de sus afiliados, agregó la Corte que en estos eventos la conclusión a que se llegue de estar sustentada en pruebas, indicios suficientes que permitan apreciar las circunstancias en las que el empleador dio por terminados los contratos de trabajo. En la sentencia T 660

del año 2010, concluye la Corte en lo siguiente: en conclusión, se resalta que en ningún momento se aportó prueba que demostrara el papel particularmente activo o las condiciones especiales de liderazgo que tuviese dentro del sindicato, los trabajadores despedidos, ni sobre la existencia de despidos frecuentes o actos de obstaculización de las actividades sindicales; además, en el Acta Acuerdo convencional se pactaron aumentos salariales, auxilios para programas de Sintrateléfonos, programas de educación superior, becas para los mejores estudiantes, capacitaciones e investigación, apoyo a la implementación de portales interactivos como función social de ETB y de Sintrateléfonos en el Distrito Capital entre otros.

Descendiendo al caso que hoy nos ocupa, aparece una certificación expedida por el Sindicato de Sintrateléfonos, en dónde se indica lo siguiente; los suscritos, Presidente y Secretario General del Sindicato de Trabajadores de la empresa de teléfonos de Bogotá, D.C. que Jorge Henry Lautero Cifuentes, según nuestros archivos, estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la empresa de teléfonos de Bogotá, del 28 de octubre de 1998 hasta el 13 de mayo del año 2019, beneficiándose de la Convención colectiva de trabajo, se expide a solicitud del interesado, a los 15 días del mes de octubre del año 2020, se acredita entonces en el caso que nos ocupa la calidad de sindicalizado del demandante pero este no es el único presupuesto que debe probarse, esto en atención al recuento de las 5 sub reglas que fueron ya señaladas, claramente determinadas por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia; en el caso que nos ocupa aparece como testigo o comparece como testigo Marta Wilches, testigo que incurre en contradicciones en su dicho, lo primero que ella indica cuando se le pregunta si conoce al demandante dice, si lo distinguí después de ser despedido estuvo en mi oficina algunas veces, no tengo conocimiento del cargo, sé que trabajó en un distribuidor general, no tengo la fecha exacta hasta cuándo trabajó, él estuvo hasta el 2019 finales del 2018, en el 2018 no lo conozco, no conozco los trabajadores de la empresa, no obstante, más adelante indica, era un compañero muy comprometido y lo habían despedido por estar presente en las movilizaciones, no era líder sindical, es claro esta última afirmación que realiza la testigo, que era un compañero muy comprometido, que lo habían despedido por estar presente en las movilizaciones, pues no tiene ningún asidero fáctico, ni tiene ningún respaldo, ni siquiera en el propio dicho de la testigo, como quiera que ella misma manifiesta que lo conoció fue después de ser despedido y si lo conoció, después de ser despedido, cómo podía tener conocimiento de que realmente era un compañero muy comprometido, que tenía incidencia, que tenía preponderancia en las actividades del sindicato, es claro que en el caso que nos ocupa, las sub reglas, 2, el papel de los empleados sindicalizados que se despiden, el grado de impacto del despido del trabajador en los demás trabajadores y el ánimo con que el trabajador actúa no está acreditado, haciendo alusión concretamente al demandante, al señor Jorge Henry Lautero, tampoco está acreditada la frecuencia con la que el empleador acude al ejercicio de su Facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, tampoco está acreditada la oportunidad y que esta oportunidad de los despidos tuviera incidencia en la organización sindical, en su estabilidad y capacidad de representación; por el contrario lo que se denota con las pruebas aportadas al plenario es que es una organización sindical muy fuerte, sólida y representativa, que no se vio afectada con el despido del demandante ni con el despido a los otros trabajadores que se dice fueron despedidos aún cuando su número real nunca fue acreditado. Ahora bien, tampoco se acredita que con el despido del demandante se haya generado perjuicio alguno a la organización sindical, si nos centramos en los efectos de la expresión prevenir que aparece señalada en la sentencia que se cita prevenir a la empresa de telecomunicaciones de Bogotá, S.A. ESP, para que en el evento que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral de la legislación que la legislación laboral otorga al empleador respecto de trabajadores sindicalizados, procede a informar previamente tal propuesta al sindicato respectivo en los términos expresados en la jurisprudencia constitucional; es claro entonces, que esta expresión prevenir no puede generar consecuencias jurídicas, ni mucho menos las consecuencias jurídicas pretendidas por la apoderada de la parte demandante, esto se desprende del análisis de la sentencia T 660 del año dos 2010, en donde se analiza una acción

de tutela interpuesta por SintraTeléfonos en contra de la empresa de telecomunicaciones de Bogotá, S.A., en donde claramente se remite al juez laboral, hacer una valoración en conjunto de los distintos factores concurrentes para definir si efectivamente el despido sin justa causa de trabajadores sindicalizados vulnera los derechos constitucionales del sindicato y los de los afiliados, indicando en esta sentencia que la conclusión a la que se allegue debe estar sustentada en pruebas e indicios suficientes que permitan apreciar las circunstancias en las que el empleador dio por terminados los contratos de trabajo de los miembros de sindicato.

Es claro entonces en el caso que nos ocupa que no se acredita las sub reglas establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia T 660 del año 2010, en donde reitera las sub reglas que habían sido mencionadas en la sentencia T 1328 del año 2001, que sirvieron de fundamento para la T 764 del año 2000, por lo que no procede el reintegro con fundamento del fuero especial consagrado en las sentencias de la Corte Constitucional antes señaladas, se aclara, no estamos en presencia de fuero sindical porque es que el fuero sindical es el que ampara los trabajadores descritos en el 406 del CST, fuero sindical, que establece un procedimiento especial, un procedimiento diferente al del proceso ordinario laboral del 113, 114 del CPTSS y no el proceso que hoy nos convoca, que es el ordinario laboral. Ahora bien, como pretensión subsidiaria se está solicitando la condena a los perjuicios superiores a los tarifados, esto es al reconocimiento de la indemnización de perjuicios materiales y morales ocasionados por la terminación ilegal e injusta del contrato de trabajo; lo primero que debe señalarse es que la normatividad vigente trae una indemnización tarifada, una indemnización tarifada que en principio comprende los perjuicios materiales y los perjuicios morales, no obstante, admitido la jurisprudencia y la doctrina que es posible probar perjuicios superiores a los tarifados, pero escúchese bien hay que probarlos, no es solamente alegar, indicar que se irrogaron perjuicios superiores a los tarifarios, al revisar las pruebas aportadas al plenario, no existe prueba alguna diferente a lo dicho en los hechos de la demanda que se hayan irrogado perjuicios superiores o por un valor superior a \$70.474.552, suma que a juicio de esta operadora judicial corresponde a la indemnización que aparece consagrada en la Convención colectiva de trabajo, suscrita entre la parte demandada y el sindicato, sobre la prueba de la Convención colectiva de trabajo, debe indicarse que su existencia en juicio solamente se acredita con la copia en la convención colectiva de trabajo con la constancia de depósito, se incorpora al plenario la copia de esta convención colectiva de trabajo y se advierte que tienen los sellos de depósito en cada una de sus obras y al revisar la indemnización tarifada por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo debe concluirse válidamente que la indemnización, que fue cancelada al demandante por \$70.474.552, supera la tarifada en la Convención colectiva de trabajo, cuya aplicación se solicita sin que se acredite, en el caso que nos ocupa, se reitera que se hayan generado perjuicios superiores al demandante a estos \$70.474.552, se está indicando igualmente que en el momento en que se le liquidó al demandante sus prestaciones sociales finales no se tuvieron en cuenta la totalidad de prestaciones extralegales ni fueron liquidadas en debida forma, al revisar la documental incorporada al plenario, esto es, la certificación de la totalidad de cifras o de la totalidad de montos devengados por el demandante a partir del primero de julio de 1998 al 24 de abril del año 2019, certificación que tiene fecha 25 de noviembre del año 2020 no se advierte cuál sea el saldo insoluto a favor del demandante, como quiera que al revisar los conceptos que le fueron cancelados al demandante el 24 abril del año 2019, aparece monto de sueldo \$816.000, bonificación por alimentos, \$ 71.874, subsidio de transporte, \$41.760, dominicales o festivos \$ 114.000, prima de vacaciones, \$2.044.029, vacaciones compensadas en dinero, \$1.349.982, indemnización \$70.474.552, prima de junio \$1.469.089, prima de Navidad convencional, \$516.902, cesantías definitivas \$699.324, intereses a la cesantía, \$26.574 y cesantía parcial \$3.188.700, por lo que es claro en el caso que nos ocupa que las pretensiones incoadas en esta demanda están llamadas a no prosperar, debiendo absolverse a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante, tanto pretensiones principales como pretensiones subsidiarias, declarativas y condenatorias....”

Inconforme con esta decisión la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación así: “Manifestando mi respetuosa inconformidad con las afirmaciones realizadas y el análisis realizado respecto a la sentencia T 764 del año 2005 con su antecedente contenido en la sentencia T 1328 del año 2001 de la Corte Constitucional, **la génesis de dichas providencias emitidas por la honorable Corte Constitucional se originan precisamente en la persecución que ha tenido ETB respecto de trabajadores sindicalizados, estas sentencias, sobre todo la T764 del año 2005, puso de presente efectivamente, que como consecuencia de la participación activa de trabajadores sindicalizados en acciones de rechazo, frente en el preciso asunto que tiene que ver con este proceso en relación con la pretendida privatización del componente público de ETB, pues los trabajadores han participado activamente de dichas actividades convocadas por la organización sindical, las cuales fueron descritas efectivamente por la testigo que participó en la audiencia que asistió con su declaración Alejandra Wilches, en tal sentido se indicó en dicho testimonio que efectivamente, tanto la Organización sindical y colectivamente como los trabajadores individualmente considerados ejecutaron actividades y acciones de rechazo en contra de la privatización de ETB que como consecuencia de dicha pretendida privatización, los trabajadores sindicalizados que fueron convocados participaron activamente de dichas actividades promovidas por la organización sindical, en las cuales precisamente se indica, participó el demandante y de lo cual igualmente dio fiel versión el demandante al momento de rendir el interrogatorio de parte; en tal sentido es preciso advertir que en relación con las sub reglas establecidas en la sentencia T 764, se establece claramente que el despido de trabajadores sindicalizados conlleva inexorablemente a la disminución de afiliados y por tanto al debilitamiento a perpetuidad de la organización sindical, impactando de forma negativa su posición y su capacidad de lucha, manifestación e información, se acreditó dentro del expediente efectivamente que el demandante formaba parte de la organización sindical que se encontraba afiliado a la misma, y adicionalmente se solicitó como prueba se acreditara documentalmente el número de trabajadores despedidos, de lo cual, igualmente dio versión la señora Alejandra Wilches, precisamente esa situación se expuso en el testimonio, el despacho indica que presuntamente por la testigo se incurrió en contradicciones, sin embargo, no se valoró integralmente el testimonio rendido porque la señora Alejandra Wilches, en la cual vio en su versión frente al número de trabajadores despedidos a la ocurrencia, concurrencia y persistencia de trabajadores sindicalizados despedidos por ETB, a las acciones de rechazo promovidas por la organización sindical, a la participación de los trabajadores sindicalizados en las acciones de rechazo frente a la pretendida capitalización y privatización de componente público de esta empresa. **En relación con este testimonio, señora juez consideró que no se evaluó integralmente la versión rendida, tampoco por el interrogado de parte, en el cual manifestó efectivamente su asistencia a todas las actividades de rechazo convocada por la organización sindical, toda vez que fue bajo este contexto que efectivamente se presentó el despido del demandante** y por dicha situación, se produce efectivamente, la persecución no solo en contra de los trabajadores sindicalizados, sino en contra de una organización sindical cuyo inexorable desvinculación de sus afiliados, conducirá a su debilitamiento extremo.**

Adicionalmente se acreditó con base en el interrogatorio rendido por el demandante sobre su activa participación a las actividades de rechazo convocadas por la organización sindical y adicionalmente, señora juez no se comparte el análisis y efectos que el despacho le concede a la prevención manifestaba precisamente por la Corte Constitucional en el sentido de prevenir que no se produzcan despidos de trabajadores sindicalizados, precisamente, con base en la persecución a la organización sindical, esa en fundamentación, se realizó documentalmente y testimonialmente dentro del expediente, precisamente **indicando que el fuero que se invoca en este proceso ordinario es de carácter constitucional y que el empleador no puede unilateral, arbitraria y persistente sistemáticamente hacer uso de la facultad legal de terminar un contrato de trabajo sin justa causa con el pago de una indemnización frente a trabajadores sindicalizados que han participado activamente en acciones de rechazo, como se acreditó dentro del**

expediente señora juez, con base en estos argumentos señora juez dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando para el efecto muy respetuosamente el mismo se ha concedido gracias...”

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá el recurso.

Lo primero que se advierte, es que las pretensiones de la demanda tanto principales como subsidiarias, se fundamentan en una protección derivada del derecho de asociación y en consecuencia de la libertad, para que los afiliados a una organización sindical; puedan ejercer tranquilamente el mismo, sin presiones y sin temor a ser despedidos, **en razón se itera, al ejercicio de esa actividad.**

Claro resulta que la constitución de 1991, elevó a la categoría de derecho fundamental el derecho de asociación, en concordancia con las normas internacionales que otorgaban al derecho de sindicalización tal jerarquía.

Es así como del estudio de convenios internacionales relacionados con el derecho de coalición y de asociación surge la norma consagrada en el artículo 39 de la Constitución Nacional, en donde se señala el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del estado.

Inspirado en el mismo criterio de la libertad de asociación, el mismo artículo reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

También es cierto que existen mecanismos administrativos y acciones judiciales, que tienden a garantizar la existencia de las asociaciones sindicales, para que no solo los directivos sindicales en algún momento sean protegidos, sino también todos los afiliados; como cuando se adelanta la negociación de un pliego válidamente celebrado (Fuero Circunstancial), o como cuando efectivamente se demuestra que se atenta contra el derecho de asociación que incluso puede llegar a constituir una violación a normas penales.

No obstante, ello no implica que las empresas, no puedan hacer uso de la facultad que les otorga la Ley, para finalizar contratos de trabajadores afiliados a organizaciones sindicales, que no son directivos y en momentos diferentes a una negociación; casos en los que operarían los amparos o fueros antes mencionados; **salvo que quede absolutamente demostrado**, que la facultad no lo era, sino que

más bien era una forma de disminuir la asociación, lo que como ya se dijo puede ser incluso, un delito.

Justamente por la gravedad de una conducta así; es que no basta para concluir que sucedió, las solas afirmaciones de los implicados y justamente también por ello, es que en sentencia de tutela la Corte Constitucional en un caso en particular determinó las sub reglas para concluir; que las terminaciones de contratos de afiliados a organizaciones sindicales en algunos casos no solo eran terminaciones autorizados por la Ley, sino más bien mecanismos para afectar las organizaciones sindicales y en consecuencia el derecho de asociación, lo que traería como consecuencia determinar la ineficacia de los despidos.

Ahora bien, por ser sentencia de tutela y como así mismo aclara la Corte, dado sus efectos interpartes; será en cada caso que deba estudiarse de acuerdo con las pruebas sin en verdad los despidos obedecieron a conductas atentatorias contra el derecho de asociación; como afirma el recurrente sucedió.

En ese orden la Sala encuentra que, tanto en el juicio como en el recurso, la parte actora solo realizó afirmaciones al respecto carentes absolutamente de respaldo probatorio; lo que analizaremos no sin antes recordar las sub reglas determinadas en la sentencia T 1328 de 2001 apoyo de las pretensiones, la cuales son: i) El número de trabajadores despedidos en cuanto y en comparación con el número de afiliados, ii) El rol de los despedidos, iii) frecuencia con la que se acude a la terminación de los contratos, iv) oportunidad o espacio temporal en la que suceden los despidos y v) impacto de los despidos frente a los demás trabajadores, vi) animus o intención del empleador al efectuar las terminaciones del contrato.

Pues bien, el recurrente asegura que con la declaración de la testigo Marta Alejandra Wilches Pulido, quedó acreditado que los despidos se hicieron por la participación del demandante en protestas ante la presunta privatización de la empresa, asegurando además que con el interrogatorio de parte se estableció que el demandante participó activamente en las mismas; lo que evidentemente no se discute, hecho que solo requería dicho sea de paso esa confesión.

Sin embargo analizada la declaración de esta testigo, la Sala no puede más que compartir lo expresado por la Juez, pues acertadamente concluyó la poca credibilidad que podía otorgársele, toda vez que en un comienzo afirma que conoció al demandante después de ser despedido y acto seguido dice que era muy comprometido y que fue despedido por asistir a las movilizaciones, sin que esa afirmación este sustentada en ninguna otra prueba; más que, se itera, en afirmaciones de una declarante que incurre por supuesto en contradicciones

evidentes, más cuando por lógica, si conoce al demandante después de haber sido despedido, no puede dar fe ni siquiera de su participación en actividades sindicales, lo que al respecto la convierte en un testigo de oídas.

Lo único claro entonces, por confesión del demandante, es que participó en movilizaciones, pero que esta fuera la causa de la terminación del contrato no está acompañada de una sola prueba, tampoco de la afectación o disminución de miembros del sindicato; -no sobra recordar que tampoco se probó el número total de despedidos-; ni el perjuicio causado a la organización ni menos aun siendo ello primordial, que la intención de empleador haya sido la afectación a la organización como retaliación a las protestas por su política empresarial.

Finalmente vale decir que, si bien el despido de uno o más trabajadores sindicalizados, disminuye sus miembros, no es cierto que ello lleve inexorablemente, como dice el recurrente, a su debilitamiento a perpetuidad afectando su capacidad de lucha; porque como señaló la Juez por el contrario lo que quedó demostrado es que la organización sindical en cuestión no se afectó y sigue ejerciendo sus funciones en completa normalidad.

No sobra agregar que le correspondía al demandante probar el número de trabajadores despedidos contrario a lo que se afirma en el recurso, eso no sucedió con la declaración de la testigo, menos aun lo que denomina persecución sindical, ni intención alguna de despedir trabajadores que participaron en protestas, luego sin más consideraciones por innecesarias, se impone CONFIRMAR la decisión de la Juez, que llegó a idéntica conclusión, luego de una acertada valoración no solo de las pruebas sino de la sentencia de apoyo a las pretensiones; siendo este el único motivo de inconformidad planteado y se itera dado lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se 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 BOGOTA
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VÍCTOR SALVADOR STELLA VS
CONEQUIPOS ING S.A.S. Y OTROS RAD N° 31-2022-041-01

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 la apoderada de la demandada CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS contra el auto proferido por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintidós (2022), por medio del cual se declaró no probadas las excepciones de indebida acumulación de pretensiones y la de falta de competencia funcional (Expediente Digital).

HECHOS

VICTOR SALVADOR STELLA SAENZ, presentó demanda **en contra de INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y EQUIPOS-CONEQUIPOS ING SAS-** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que esta empresa en su calidad de contratista de ECOPETROL y CENIT TRANSPORTE Y LOGISTOCA DE HIDROCARBUROS SAS se ejecutó un contrato el MA_0032369 y su adicional N° 1, prestando el demandante servicios en virtud de la ejecución del mismo. Solicita en consecuencia, declare la existencia del contrato y solidaridad, así como derechos derivados, (Expediente Digital)

Al contestar la demanda, se propuso la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, por la demandada CENIT TRANSPORTE Y LOGISTCA DE HIDROCARBUROS SAS (Expediente Digital)

Mediante la providencia que hoy estudia la Sala la Juez de Primera Instancia decidió declarar no probada la excepción considerando en síntesis que:

“Indebida acumulación de pretensiones”

Conforme el artículo 25 del CPTSS, establece los requisitos que debe cumplir la demandada para su admisión, igualmente el artículo 25A del mismo estatuto, siendo claro que este proceso ya superó ese análisis encontrando la demanda ajustada a dichos preceptos legales, dando como resultado la admisión de la misma a través de auto del 18 de marzo de 2022, por lo que dicha excepción, se declara no probada.

Falta de competencia funcional

Frente a la pretensión primera de la demanda, en atención al artículo 2 del CPTSS, si bien es cierto que dicho artículo establece los casos en los cuales es competente el juez ordinario laboral y en la pretensión primera se indica que se declare que entre Conequipos ING S.A.S, en calidad de contratista y Ecopetrol S.A., y Cenit Transportes en calidad de contrato, se suscribió contrato con el objeto se describe en los hechos 1 y 2 de la demanda, si bien aparentemente la jurisdicción ordinaria no sería la competente para resolver respecto de la existencia de un contrato entre estas demandadas, para entrar a analizar la pretensión tendiente a lograr la solidaridad del artículo 34 del CST, es necesario determinar qué vínculo jurídico existió entre las codemandadas, que son los presupuestos que establece la norma citada, por lo que declarar probada dicha excepción, haría nugatorio los derechos del demandante como quiera que no se podría examinar si se configuran o no los supuestos del artículo 34 del CST.

Inconforme con esta decisión el apoderado de CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA interpone recurso así:

“En relación con la excepción de indebida acumulación de pretensiones, las partes cuentan con medios exceptivos para advertir dichas situaciones y si bien se calificó la demanda, se observa que existe una indebida acumulación de pretensiones, ya que la parte demandante solicita se declare un contrato de trabajo con mi representada y peticiona la declaratoria de solidaridad también con mi representada, de manera que es claro que lo que debe advertirse es si la parte demandante o pretende la existencia del contrato o la solidaridad, pero de manera conjunta, no es viable.

En cuanto a la excepción de falta de competencia funcional, es claro para mi representada que si bien debe entrarse a estudiar si existió o no un contrato entre las partes, no es de resorte de la Juez entrar a determinar la naturaleza del contrato, mi representada aportó el contrato suscrito con Conequipos, no siendo necesario que se entre a analizar la naturaleza de dicho contrato en detalle, sino simplemente determinar si existió o no.”

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden es claro que incluso y aun existiendo una indebida acumulación, debe el Juez interpretar la demanda para determinar cuáles son las principales y cuales las subsidiarias, insistiendo la Sala en que en este caso ni siquiera eso puede concluirse; ni de la excepción ni del recurso, ya que en todo caso solicitar que se declare un contrato y también que se declare solidaridad, lo máximo que puede llegar a sugerir es falta de claridad, pero no pretensiones excluyentes, siendo deber del Juez interpretar la demanda para así en el fallo tomar la decisión.

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

Luego como señaló la Juez ninguna vulneración a la norma existe, e incluso que ni siquiera **existen allí pretensiones que se excluyan.**

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

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

En cuanto a la competencia que la demandada denomina funcional, debe resaltar la Sala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del C P del T y de la S S, es la jurisdicción ordinaria la encargada de resolver los conflictos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo; y en este caso como señaló la Juez para analizar la solidaridad contemplada en el artículo 34 del C S T, es necesario referirse al contrato entre los que se dicen actúan en las condiciones que refiere el artículo, más cuando la misma demandada aporta el contrato, lo que se itera solo está atado a un análisis de fondo en relación al artículo referido y no para definir la naturaleza del mismo o si en verdad existió u otros aspectos, que escapan no solo a esta jurisdicción sino a este proceso en particular que resolverá en sentencia se itera, si se dan o no los requisitos contemplados en el artículo tantas veces mencionado de donde surge la solidaridad.

Costas a cargo de la parte que recurre.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte que recurre.

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



MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO


LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

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


MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 32-2019-374-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: NATALIA SALAS ESPINOSA

DEMANDADO: INVERSIONES DAMA SALUD S.A.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Veintiocho (28) días del mes de abril 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 demandada, revisa la Corporación el fallo de fecha 28 de abril de 2022 proferido por el Treinta y dos 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.

ANTECEDENTES

La señora NATALIA SALAS ESPINOSA por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que entre ella y la demandada existió un contrato de trabajo entre el 12 de agosto de 2013 al 7 de abril de 2016, data para la cual, fue despedida en forma intempestiva por la pasiva, que las comisiones que recibía de manera mensual por cumplimiento de metas y “pago a proveedores” constituyen salario; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada a efectuar reliquidación de primas, vacaciones,

cesantía e interés a la cesantía conforme al salario realmente devengado, así como los aportes con destino al sistema pensional, indemnización del artículo 64 del CST y sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

HECHOS

Fundamento sus pretensiones señalando que fue contratada por la demandada en la ciudad de Medellín el 12 de agosto de 2016, para ejercer el cargo de Gerente en cualquiera de las sedes de la sociedad, siendo enviada a gerenciar la Clínica Sonría de los municipios de Girardot y Funza Cundinamarca, que el salario pactado, fue de \$1.600.000 mensuales, más comisión por ventas de tratamientos, además se le pagaba mensualmente un rubro denominado “pago a proveedores”, conceptos que indican, constituyen salario en los términos del artículo 127 del CST, ya que tales comisiones y pago a proveedores le eran cancelados de manera mensual en su cuenta de nómina y no se reflejaban en dicho desprendible y retribuían directamente su servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada, se opuso a las pretensiones, negó todos los hechos. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de causa y obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción y NO PROBADAS las demás excepciones formuladas por la demandada, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- CONDENAR a la demandada INVERSIONES DAMASALUD SAS a pagar a la demandante NATALIA SALAS ESPINOSA la suma de \$419.306.00 por concepto de reliquidación de las cesantías.

TERCERO.- CONDENAR a la demandada INVERSIONES DAMASALUD SAS a pagar a la demandante NATALIA SALAS ESPINOSA intereses sobre la suma adeudada por concepto de cesantías a la tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, los cuales correrán desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el momento del pago definitivo de lo adeudado.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada DAMASALUD SAS a efectuar el pago de los aportes adicionales al Sistema General de Pensiones en favor de la demandante NATALIA SALAS ESPINOSA a razón de \$303.812.00 mensuales para los periodos de agosto a diciembre de 2013 y a razón de \$115.494.00 para los meses de enero a diciembre de 2014.

QUINTO.- ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

No existe controversia en lo que tiene que ver con la existencia del vínculo laboral entre Natalia Salas Espinosa e inversiones Dama salud SAS.; contrato de trabajo que se ejecutó entre el 12 de agosto de 2013 y el 7 de abril de 2016, así como tampoco existe controversia en que el empleador decidió de manera unilateral y sin justa causa dar por terminado el contrato de trabajo, sobre este particular a folios 8 a 10 del archivo 01, obra el contrato de trabajo suscrito el 12 de agosto de 2013 entre la demandante y la demandada para desempeñar la labor de gerente de clínica y el lugar donde desempeñaría su labor, la ciudad de Girardot, en cuanto a la terminación del contrato de trabajo obra la comunicación mediante la cual el empleador decidió dar por terminado el vínculo laboral a folio 19 del archivo 01, señalando que dicha decisión tendría efectos a partir del 7 de abril de 2016 y que se cancelaría la correspondiente indemnización, lo que tiene que ver con el salario percibido por la demandante durante la vigencia de la relación laboral y si percibió pagos por concepto de comisiones y pagos a proveedores y si los mismos constituyen salario, en el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la demandada, se estableció como salario la suma de \$1.600.000 pagaderos mensualmente, folio 8 del archivo 01; adicionalmente, las partes suscribieron un anexo al contrato de trabajo denominado anexo número 1, contrato a término indefinido, gerentes integrales en el que se establece en la cláusula primera lo siguiente: remuneración: de acuerdo con lo convenido contractualmente y conforme a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 132 del CST, las partes acuerdan que a partir de la suscripción del presente documento, el empleador reconocerá al empleado una remuneración salarial mensual variable, adicional al salario básico del contrato pactado de acuerdo al cumplimiento de los indicadores y metas planteadas en el tablero de tendencia de odontólogo, el cual forma parte integral del presente contrato y podría ser modificado por el empleador de manera unilateral, quien informará por escrito al empleado las nuevas condiciones, también forma parte de la remuneración mensual del empleo del cumplimiento del porcentaje establecido por el empleador, por tratamientos efectivamente evolucionados, es decir, por los tratamientos realizados practicados en boca, los cuales podrían ser modificados de manera unilateral por el empleador, quien informará los cambios por escrito al empleado, el empleado conocerá las metas planteadas de forma mensual a más tardar dentro de los 5 primeros días de cada periodo, mediante correo electrónico enviado por el área comercial a su buzón corporativo, el cumplimiento de las metas dará lugar a la causación y pago de una remuneración mensual, liquidada conforme al modelo comercial, que forma parte integral del presente anexo que el empleado declara conocer para los efectos legales pertinentes; este anexo data el 15 de febrero de 2016 folios, 11 y 12 del archivo cero 01.

También debe hacerse referencia al sistema de remuneración flexible e integral, RFI salario ordinario, el contrato de trabajo celebrado entre Inversiones Dama Salud S.A. y la demandante que obra a folios 18 y 19 del archivo 06 del expediente y la contestación de la demanda en el que se estableció, el sistema de remuneración flexible integral está constituido como sistema de remuneración integral, salarios y beneficios no salariales, ajustado a las necesidades y conveniencias del trabajador, cuyas características, parámetros y condiciones fueron explicadas y son conocidas por el trabajador en el numeral segundo, cláusulas especiales se señala asignación salarial básica, el trabajador en desarrollo de sus funciones devengará un salario ordinario de \$1.200.000, el cual remunera todos los servicios prestados por el trabajador más adelante en el numeral en la cláusula segunda, señala beneficios no salariales; el

trabajador adicionalmente disfrutará de un cupo de beneficios no salariales conformado por los conceptos que a continuación se indican: auxilio monetario Davivienda \$38.4000, aporte voluntario institucional plus \$70.667, aporte institucional \$16.000, otrosí, este sí que fue suscrito en la misma fecha en que se suscribió el contrato de trabajo, esto es, el 12 de agosto del año 2013.

Obra también comunicación suscrita por Natalia Salas, en la que manifiesta haberse acogido al sistema de remuneración flexible integral y como consecuencia de ello, reiteró la disposición de suscribir el correspondiente otrosí que permite ajustar su remuneración; teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que seguirían inicialmente en el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la demandada se estableció como salario la suma de \$1.600.000, la parte la demandante, Natalia salas, suscribió ese mismo día un otrosí, mediante el cual se modificó, lo correspondiente al salario y la demandante se acogió a un sistema de remuneración flexible en los términos ya señalados y por ende su salario correspondía la suma de \$1.200.000. De acuerdo la documental allegada al proceso se aportaron la contestación de la demanda, los desprendibles de nómina de la señora Natalia Salas folios, 65 hasta el folio 135 del archivo 06 en el que se puede verificar los pagos que se le hicieran durante la vigencia de la relación laboral por diferentes conceptos observándose que en los mismos se relacionaba el salario básico, el auxilio o de vivienda, el aporte institucional plus, el aporte institucional empleado y otro concepto adicional de aporte institucional, en ninguno de estos desprendibles se relacionan pagos por concepto de comisiones o el concepto de pagos a proveedores que reclama la demandante, adicionalmente se observa en otros desprendibles en los que se verifican pagos por concepto de concurso ventas gerentes clínica, bonificación, gerente de clínica concurso gerente, gerente integral sonría, bonificación por cumplimiento y los que se observa eran cancelados a mediados de mes.

En el presente caso, si bien las testigos Sandra Esperanza Sosa Argüello, Sandra Fernanda Acosta Riveros, refieren que las comisiones constituían un factor salarial que se tenían en cuenta para el pago en las respectivas prestaciones sociales y aportes al sistema de Seguridad Social, lo cierto es que confrontados esos pagos por concepto de comisiones frente a la liquidación de las prestaciones de la demandante, el despacho llega a la conclusión de que las comisiones no estaban siendo tenidas en cuenta, este pago se realizó el 15 de septiembre del 2013 a folio 109 pago por \$210.000 por concepto gis gerente concurso ortodoncia y a folio 107, el pago de diciembre de 2013 por el mismo concepto, este último por \$156.000 o estatus estatal de noviembre como el de diciembre por valor de \$156.000 en el año 2013, la demandante laboró por espacio de 139 días y a folio 30 del archivo 06 obra el certificado de aportes a cesantías realizado el 14 de febrero del 2014, en dicho certificado se consignaron por conceptos de cesantías a favor de la demandante la suma de \$463.333, sobre un salario de \$1'200.000, recordemos que conforme el otrosí que había suscrito la demandante con la demandada, el salario básico sería de \$1.200.000 y cómo se acaba de relacionar, obra pruebas de pagos realizados a la demandante por conceptos adicionales que el despacho entiende comisiones y que evidentemente, no fueron tenidos en cuenta para las liquidaciones correspondientes, si bien sobre algunos de los conceptos no sería claro, si son comisiones o no, los documentos relacionados por el despacho bastarían con referirnos al folio 110 del archivo 06, en el que se está reconociendo una bonificación por cumplimiento y remitiéndolo nuevamente a los testimonios de Sandra Fernanda y Sandra Esperanza, la trabajadora tenía un salario variable y tenemos factores salariales variables por metas; eran metas individuales y metas globales; entonces, señala bonificación por cumplimiento, el despacho encuentra que esto está haciendo referencia al cumplimiento de las metas, por lo cual era un factor salarial, ello en atención a lo dispuesto en el artículo 127 del CST, que señala que, entre otras cosas, constituye salario, 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, porcentaje sobre ventas y comisiones, entre otros.

En el mismo sentido para el año 2014 folio 106 del archivo 06, obra pago en el mes de marzo de 2014 por los conceptos, gis gerente integral sonría, bonificación por cumplimiento, un pago por \$414.916 en el folio 105, pago efectuado en el mes de agosto de 2014 por los mismos conceptos, gis gerente integral sonría y bonificación por

cumplimiento por valor de \$671.006, en el mismo mes de agosto de 2014 se cancelarán \$300.000 por concepto concurso gerentes sobre cumplir sobrepaga y respecto al pago de las cesantías en el año 2014 causadas en el año 2014, remitiéndonos entre otro a folio 89 se tiene que el salario devengado para el año 2014 era de \$1'233.000, el salario básico, en cuanto al pago de las cesantías se aportó a folio 37, del archivo 06, el correspondiente certificado de pago de cesantías con un valor pagado de \$1.233.000, recordando que las cesantías corresponden a 30 días de salario por cada año trabajado; es decir, que las cesantías se consignaron teniendo en cuenta únicamente el salario básico, así también obran las correspondientes planillas de pago de los aportes al sistema de Seguridad Social advirtiéndose que, para el mes de marzo de 2014, se reportó como ingreso base de cotización \$1.433.000, es decir, que por lo menos para este mes de marzo 2014 se tuvo en cuenta el concepto denominado bonificación por cumplimiento en cuantía de \$200.000 y este, conforme el folio 106, ya había señalado previamente y para el mes de agosto de 2014 se reportó como ingreso base de cotización \$1.633.000, folio 44 del archivo 06, verificándose entonces a diferencia del ingreso, base de cotización de \$400.000 que coincide con el folio 105 del archivo 06; en cuanto a la bonificación por cumplimiento de \$400.000 para el año 2015, se observa que el salario básico continúa siendo de \$1.233.000 y se verifican pagos en marzo de 2015 por \$119.862 por concepto gis gerente integral sonría, igualmente \$250.000 pesos por concepto concurso ventas generales clínicas a folio 102, 103, en mayo de 2015 pago por \$436.983 por los conceptos gis gerente integral sonría y concurso venta gerentes clínica a folios 101, a folio 100 pago igualmente en mayo de 2015 por concepto de bonificación, gerente de clínica BSC por \$240.000 a folio 99, pago en el mes de julio de 2015 por valor de \$114.532 por concepto concurso ventas gerente clínica a folio 98, pago en el mes de agosto de 2015 por valor de \$750.976 por concepto gerente integral sonría, concurso ventas gerente clínica, en octubre de 2015 folio 97 pago por \$138.206 por concepto concurso ventas gerente clínica, reiterando que para el año 2015 se observa que se mantenía el salario básico en \$1.233.000, en cuanto al pago de las cesantías causadas en el año 2015, obra la certificación correspondiente donde se acredita un pago por \$1.533.880, evidenciando que para esta anualidad, se cancelaron las cesantías en febrero de 2016, se observa que se tuvieron en cuenta conceptos adicionales al salario básico, al momento de cancelar la prestación social, folio 50 del archivo 06 y en ese mismo sentido obra en las planillas de aportes al sistema de Seguridad Social integral para el mes de marzo se reportó como ingreso base de cotización \$1.603.000, para el mes de abril \$1.473.000, mayo \$1.910.000, junio \$1.233.000, julio \$1.348.000, agosto \$1.817.000, septiembre \$1.257.000, noviembre \$1.233.000 y para el mes de diciembre \$1.206.000; para el año 2016, los aportes al sistema de Seguridad Social se hicieron teniendo como ingreso base de cotización \$1'600.000, folio 61, 62, 63 y 64 del archivo 06, verificándose que para el año 2016, se generó o se efectuó un incremento en el salario básico al referido monto \$1.600.000 y también verificándose para esta última anualidad, no se allegaron desprendibles que permitan acreditar pagos adicionales al del salario básico más allá de los relacionados en la liquidación del contrato de trabajo por concepto de ingresos recaudo fuerzas de ventas y procedimientos generales, pagos que por demás fueron tenidos en cuenta en el momento de la liquidación para el reconocimiento de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones.

Del análisis de las pruebas entonces el despacho concluye que para los años 2013 y 2014, el empleador efectuó pagos a la demandante que constituyan salario pero que no fueron tenidos en cuenta el respectivo reconocimiento de las prestaciones sociales y aportes a la Seguridad Social y en ese sentido se halla razón a la demandante en lo referente a las comisiones. En lo referente al concepto de pago de proveedores, refirieron los testigos que la demandante tenía que desplazarse una vez al mes o cada dos meses a la ciudad de Bogotá para asistir a unas reuniones, a unas plenarios comerciales y que en razón a dichos desplazamientos se le reconocían los viáticos, pero que en el banco se tenía para meter parametrizado al momento de hacer las transferencias estas se reportaban como pagos a proveedores, refirió la testigo Sandra Fernanda Acosta que esos pagos deberían estar alrededor de los \$70.000 y efectivamente verificándolos extractos bancarios aportados por la demandante, se observan estas transferencias bancarias o estas acreditaciones en la cuenta donde la demandante por el concepto de pagos, proveedores por valores como los referidos por la testigo Sandra Fernanda Acosta y, adicionalmente, que estas acreditaciones o estas transferencias, se hacían aproximadamente una vez al mes, atendiendo lo señalado por los testigos a las que el

despacho les otorga credibilidad y remitiéndonos al artículo 130 del CST, donde refiere a que los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso y que son viáticos accidentales aquellos que solo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario no habitual o poco frecuente, el despacho encuentra que dichos valores que le consignaron a la cuenta de nómina de la demandante no constituyen salario.

En cuanto a la excepción de prescripción que formuló la parte demandada en su contestación, habida cuenta de que el contrato de trabajo entre Natalia e Inversiones Dama Salud SAS se ejecutó entre el 12 de agosto de 2013 y el 7 de abril de 2016 y que la demanda fue radicada el 5 de abril de 2019, encuentra el despacho que la excepción de prescripción está llamada a prosperar de manera parcial en lo que respecta al pago de las primas de servicios e intereses a las cesantías y vacaciones bajo el entendido que la irregularidad se observó para los años 2013 y 2014 y que en esa medida estarían prescritos los conceptos ya referidos; en cuanto a las cesantías, como quiera que el término de prescripción inicia contar a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo, se determina entonces que la excepción de prescripción no prosperaría y, conforme la documental aportada y que ya ha sido analizada por el despacho atendiendo a los pagos realizados en el año 2013 que totaliza \$1.407.662 eso equivale a un promedio de \$303.812 mensuales.

Se condenará entonces a la demandada a pagar esta última suma por concepto de reliquidación de las cesantías del año 2013 y en lo que respecta al año 2014, los pagos evidenciados por el despacho ascienden a la suma de \$1.385.922, esto es un promedio mensual de \$115.494, suma adicional que se toma que correspondería a la reliquidación en favor de la demandante; en síntesis por concepto de reliquidación de las cesantías se condenará a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$419.306 en cuanto al año 2015, lo cierto es que los pagos que evidencia el despacho promediados son inferiores a lo que la demandada consignó por cesantías y en esa medida no hay lugar a la liquidación en el año 2016, como ya se refirió el evidenciado por el despacho en la liquidación, la misma se efectuó correctamente en cuanto a las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones en ese momento, es del caso advertir que eventualmente la demandante pudo percibir pagos adicionales a los que el despacho hace referencia porque no se encuentran desprendibles de todos los meses, no obstante, remitiéndonos al artículo 167 del CGP, la carga de la prueba refiere esta norma que incumbe a las partes probar el supuesto hecho, las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, la parte demandante como se ha evidenciado en el desarrollo de las audiencias, no volvió a comparecer y no adelantó actividad probatoria adicional a la portada de con el escrito de demanda, no teniendo entonces el despacho elemento de juicio adicionales con los cuales resolver el conflicto; frente a la certificación allegó la demandada, lo cierto es que dicha certificación se aporta de manera general de la totalidad de pagos realizados a la demandante entre los años 2013 y 2016, sin poder determinar a qué periodo, que anualidad correspondía cada pago y en esa medida, no permite tampoco resolver la controversia más allá de los documentos que el despacho ya refirió.

En cuanto a la reliquidación de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa que trata el artículo 64 del CST, remitiéndonos a la liquidación que obra en el proceso que fue allegada a tanto la parte demandante como por la parte demandada que puede ser vista, entre otras a folio 179 del archivo 06, la indemnización ascendió a la suma de 3'876.338 pesos, la demandante laboró por espacio de 2 años, 7 meses y 26 días por lo que le correspondía a una indemnización en cuantía de 63.11 días de salario en el que corresponde los 2 años, 7 meses, 26 días corresponden a 956 días trabajados que efectivamente, es lo que se está teniendo en cuenta en la liquidación del folio 179, el archivo 06 y como quiera que dicha liquidación no se señala cuál es el salario que se tuvo en cuenta para efectos de liquidar la indemnización del artículo 64 del CST, en todo caso, aplicando una regla de 3 es posible determinar dicho valor al haberse cancelado \$3.876.338 y dividirlo por los 63.11 días de indemnización nos daría un salario diario de \$61.421,93 o lo que equivale a un salario mensual de 1'842.657 pesos con 89 centavos, no contado el despacho con los suficientes elementos de juicio para determinar el salario promedio del último año de servicio de la demandante fue superior a este valor y lo cierto es que, en todo caso, el valor que se toma en cuenta para la liquidación es superior al salario básico devengado por la demandante e inclusive superior al salario que se tuvo en cuenta para la liquidación de las cesantías, intereses

a las cesantías y prima de servicios del año 2016 por lo que no teniendo elementos de juicio adicionales y remitiéndonos nuevamente el artículo 167 del CGP, el despacho no encuentra procedente la reliquidación de la indemnización.

En lo que tiene que ver con la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990 como quiera que se ordena reliquidación de los años 2013 y 2014 que debieron haber sido consignadas a más tardar el 14 de febrero del año 2014 y del año 2015, respectivamente, se encuentra que para la fecha en que se presentó la demanda, había operado el fenómeno prescriptivo y en esa medida no habrá condena por este concepto declarándose probada la excepción de prescripción. En lo que respecta a la sanción moratoria que trata el artículo 65 del CST, el despacho debe verificar la buena o la mala fe con la que haya actuado el empleador a efectos de determinar la procedencia de dicha sanción al respecto, no obran elementos de juicio que permitan acreditar que el empleador obró de buena fe al desconocer la incidencia salarial de parte de los pagos que le efectuaba la demandante y en esa medida encontraría procedente el reconocimiento de la sanción moratoria. ahora bien, como quiera que la demanda fue presentada transcurridos más de 2 años desde la fecha de terminación del contrato de trabajo no habrá lugar a la condena de un día de salario por cada día de retraso en el pago de lo adeudado y se condenará únicamente al pago de los intereses sobre lo adeudado, por concepto de cesantías a lo que ya hizo referencia el despacho a la tasa certificada por la superintendencia financiera de Colombia, los que correrán desde la fecha de terminación del contrato de trabajo sobre lo adeudado y hasta el momento de su pago definitivo.

Finalmente, en lo que respecta a la reliquidación de los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones sobre este particular el despacho condenará a la demandada a pagar aportes adicionales para los meses de agosto a diciembre de 2013, aportes adicionales por valor de \$303.812, por cada mes y para los meses de enero a diciembre de 2014 aportes adicionales por valor de \$115.494 por cada mes, sobre este último aspecto, el despacho considera que estos aportes, que se están condenando son imprescriptibles y en esa medida se declara no probada la excepción de prescripción, en cuanto a las excepciones formuladas por la demandada el despacho, se reitera en cuanto a la procedencia parcial de la excepción de prescripción en los términos ya señalados a lo largo de esta providencia en cuanto la excepción de pago, lo que se determina es el pago deficitario de las cesantías, por lo cual la excepción de pago no prospera, frente a la excepción de compensación, no se encuentra acreditado en el proceso de la hoy demandante sea deudora de la demandada y que exista alguna suma que sea susceptible de ser compensada; frente a la excepción de buena fe, el despacho ya se refirió en su momento y frente a las excepciones de inexistencia de la causa y de la obligación y cobro de lo no debido, el despacho las declara no probadas conforme las consideraciones ya también expuestas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada recurrió señalando:

Los puntos de materia del recurso son los siguientes, y es que primero el despacho consideró algunos factores o algunos pagos como comisiones, siendo que los mismos no estaban probados por esta, en este sentido debe mencionarse que el despacho en su fallo menciona que se le realizaron un pago a la demandante que se evidencia en desprendibles de nómina como gis concurso ortodoncia, o gis gerente concurso a su vez, también menciona que se le pagó una bonificación por cumplimiento de metas, nótese de que estos conceptos en ningún momento denotan algún tipo de comisión, de hecho, el despacho es quien menciona y acepta que esos pagos realmente no son mencionados como comisión en estos desprendibles de nómina, sino que llega la inferencia de esto, por lo que se encuentra a folio 110 porque se menciona que es una bonificación por cumplimiento de metas teniendo en cuenta esto, pues se debe mencionar que en los testimonios vertidos por la señoras Sandra Acosta y Sandra Sosa se mencionó que las comisiones sí se tuvieron en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales de esta persona, pero adicional a esto, nótese que de lo que habla y de lo que toma el juzgado es la bonificación por cumplimiento de metas y el artículo 127 cuando lo citó el fallador de primera instancia menciona que el artículo 127 habla que constituye la bonificación

habitual y acá es muy importante que el artículo 127 mencionan bonificación habitual y nótese que simplemente el despacho hace referencia que está bonificación sucedió en un único momento y es en el folio 110 teniendo en cuenta lo anterior, primero, esta bonificación no es una comisión y no puede entenderse como tal y no se puede establecer dentro del proceso que efectivamente fuera una comisión; segundo, que, si hubiera tenido en cuenta, pues debe tener que el artículo 127 habla de las bonificaciones habituales y esta claramente no es una bonificación habitual de acuerdo a lo mencionado por el despacho es una única bonificación que se dio simplemente para ese año y adicional a esto es claro, que los conceptos gis concurso ortodoncia y gis gerente concurso no buscan retribuir directamente la prestación del servicio, sino que hacen referencia a otro tipo de conceptos y de cumplimiento de metas de clínicas y de manera global y en los grupos de ortodoncia que se manejaban dentro de estas clínicas. Es así entonces, como el despacho no le puede dar una connotación salarial a un concepto que nunca lo ha sido y que tampoco se demuestra por la parte demandante que sea un concepto salarial por cuanto recuerda que se necesita, primero se otorgue por la prestación personal de servicio, circunstancia que no se puede establecer simplemente porque está el desprendible de nómina y que de hecho brilla por su ausencia este rasgo, adicional a esto debemos la habitualidad, el concepto y que efectivamente integra o entra el patrimonio del trabajador es así entonces como no se reúnen los elementos para declarar estos conceptos como salariales y condenar a su pago, teniendo en cuenta lo anterior, pues es claro que entonces nada adeudaría mi representada por concepto de reliquidación de cesantías de los años 2013 y 2014 por los cuales fue condenada y tampoco habría reliquidación de aportes a la seguridad social en especial a pensión como lo fallo el juzgado de primera instancia y tampoco habría lugar a la condena del pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, es así entonces se solicita la modificación del fallo y se absuelva de las condenas.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que como bien lo adujo la decisión de primer grado no ofreció reparo la existencia de la relación de índole laboral que existió entre las partes y que tuvo lugar entre el 12 de agosto de 2013 al 7 de abril de 2016, extremos temporales que se desprenden de documentales contentivas de contrato de trabajo y comunicación de terminación del mismo expedida por la demandada y aportadas en expediente digital.

Conforme lo anterior y en cuanto a los rubros respecto de los cuales se concluyó que tenían incidencia salarial en la decisión de primer grado, a este respecto, ha indicado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado SL 7820 de 2014 en donde rememoró la sentencia 32657 de 2009, que existen elementos que resultan ser determinantes al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículo 127 y 128 del C.S. del T. indicando que debe analizarse, **si realmente se trata de un beneficio que retribuya directamente el servicio o, de igual modo, la periodicidad y la regularidad en su pago, su finalidad y la forma como está concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador.**

Sobre el particular y si bien indica la demanda en recurso y alegaciones, los emolumentos tenidos en cuenta como factor salarial en la decisión de primer grado, como son “gis gerente general sonría”, también denominado “gis gerente concurso” y el denominado “bonificación por cumplimiento”, no fueron pagados de forma habitual a favor de la demandante en las anualidades objeto de condena, como lo fueron 2013 y 2014, lo cierto es que quedó demostrado en el trámite procesal, que **retribuían directamente su servicio**; lo anterior por cuanto, la sola denominación de los mismos, permite concluir que se percibían como consecuencia de la venta de los productos y servicios ofrecidos por la demandada como también lo señala el recurrente y de la misma forma lo indicaron las testimoniales vertidas en el proceso, aunado a ello, el anexo 1 al contrato de trabajo aportado junto con escrito de demanda, da cuenta que se pactó con la demandante una remuneración variable, variación que obedecía a la venta de tratamientos odontológicos efectivamente practicados, señalando que dichas metas en ventas, se darían a conocer los 5 primeros días de cada periodo a efectos de liquidar el porcentaje variable correspondiente.

Aunado a lo anterior y como bien lo concluyó la decisión de primer grado, tales emolumentos también fueron devengados por la demandante en el año 2015 y en dicha anualidad estos **sí** fueron tenidos en cuenta como factor salarial para la respectiva liquidación de cesantías y aportes al sistema de seguridad social integral, reconociéndose por la misma demandada para dicha anualidad que los rubros bajo estudio, sí constituían factor salarial, no siendo dable que pretenda desconocer tal carácter para las anualidades de 2013 y 2014, aun cuando se itera, conforme a las testimoniales vertidas, estos correspondían al cumplimiento de metas de ventas globales e independientes de los gerentes de clínica, cargo que se demostró desempeñaba la demandante.

Por último, la demandada no demostró que tales rubros no estuvieran encaminados a enriquecer el patrimonio de la demandante, para concluir que su pago no tenía la connotación salarial como lo alega en los términos del artículo 128 del CST, contrario a ello, quedó demostrado que sí enriquecían el patrimonio de la actora, pues no se demostró probó

destinación distinta; razones que resultan suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva del presente pronunciamiento.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2021-359-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: ALFONSO CHAMUCERO GUERRERO

**DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 COLPENSIONES, contra el auto proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el día primero (1) de diciembre de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud se declararon no probadas las excepciones de falta de reclamación administrativa y la de falta de integración de Litis consorcio (Ver Expediente Digital)

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las de ambas partes, la demandante, solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

El señor **ALFONSO CHAMUCERO GUERRERO** a través de apoderado judicial presentó demanda en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que a través de un proceso ordinario laboral se le condene a reconocer pensión de vejez en su favor, así como al pago de mesadas causadas, intereses moratorios, extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Ante las excepciones propuestas por la demandada el Juez de primera instancia en la audiencia del art 77 del C P del T y de la SS tomó la decisión que hoy revisa la Sala.

Para llegar a esa decisión señaló el Juez: “...**Falta de competencia por falta de agotamiento de vía gubernativa**

La razón principal de Colpensiones para proponer dicha excepción es no haberse aportado el acto administrativo por el demandante de reconocimiento de pensión de jubilación, por lo que indica que igualmente Foncep debe ser llamada al proceso a efectos de establecer la compatibilidad y compartibilidad de la prestación que se reclama y la que disfruta el actor. El despacho se remite a lo indicado por la CSJ que en sentencia entre otras en sentencia SL 3863 de 2022, donde explica los momentos en que se produce la compatibilidad y compartibilidad de las prestaciones objeto de estudio, en un primer momento y conforme el acuerdo 224 de 1966, la prestación contemplada en la Ley 171 de 1961, resultaban compatibles, en un segundo momento y según los acuerdos 028 de 1985 y 049 de 1990, donde se determinó el carácter compatible de la pensión restringida de jubilación, pero con el condicionamiento de que para lograrlo, debía registrarse afiliación y pago de cotizaciones al RPM.

De conformidad con ello, se advierte que Colpensiones contaba con los elementos de juicio para definir la prestación en sede administrativa, sin la necesidad de exigir otro tipo de pruebas documental, pues lo que debía revisar era si se registró afiliación y pago de cotizaciones por parte de la EDIS como empleador en su momento del actor, encontrándose cumplido el requisito de agotamiento de reclamación administrativa, ya que se itera, Colpensiones contaba los elementos suficientes para atender la petición sin solicitar otros documentos.

Falta de integración litisconsorcio necesario

Ahora bien, no resulta necesario proceder a la vinculación de Foncep, en razón a que se cuenta con los elementos suficientes para determinar si su antiguo empleador EDIS, realizó o no el pago de cotizaciones a efectos de determinar la naturaleza de la prestación, advirtiéndose que la definición del proceso se puede realizar sin la comparecencia de dicha entidad, no adquiriendo la calidad de litisconsorte necesario.

Inconforme con esta decisión la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación señalando: “....Como se observa del expediente digital, si bien la parte actora realiza la reclamación de la pensión de vejez, lo cierto es que mi representada cuenta con unos trámites en sede administrativa para revisar si la persona cumple con los requisitos de la prestación que se solicita, por ello, se le informó al demandante que su solicitud no contaba con los requisitos para el efecto y no existía la resolución donde se le había reconocido pensión sanción, requerimiento que omitió y procedió a radicar la demanda, solicitando reconocimiento de pensión de vejez omitiendo el agotamiento de reclamación administrativa, situación que vulnera el derecho de defensa de la entidad, ya que no se tiene la resolución que otorgó la pensión sanción como consecuencia del despido injustificado invocado por cuanto se desconoce la naturaleza del mismo, las normas aplicables y la fecha de reconocimiento del mismo para entrar a estudiar la compatibilidad o compartibilidad y fecha a partir de la cual, en que la entidad debería responder por la prestación solicitada en la Litis, siendo ello necesario para establecer los montos de retroactivo e indexación, que afectarían el principio de sostenibilidad financiera del RPM.....”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resuelve el recurso, que cuestionó únicamente la excepción de falta de competencia por reclamación administrativa.

El artículo 6° del Código de Procedimiento Laboral vigente, preceptúa:

“Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta”.

Es claro entonces que **la finalidad de la norma** es que las entidades, **tengan la oportunidad de determinar la procedencia o no de los derechos objeto de reclamación, desde luego, previo al análisis fáctico y jurídico que corresponda. Así mismo, si de ese análisis se concluye la existencia del derecho reclamado, para que se proceda a su reconocimiento directamente por la entidad obligada, sin que sea necesaria la intervención del Juez.**

La H. Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en la consideración de que a través del instituto de la vía gubernativa:

“(...) se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios Jueces del Trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquéllas y puedan así corregir por sí mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial.(...)”

(C.S.J. Sent. 12.221 oct. 13/99 M.P. Germán G. Valdés Sánchez).

Además como se ha señalado en reiteradas oportunidades, el mencionado requisito de reclamación administrativa constituye un factor de competencia sin el cual no puede entablarse válidamente la relación jurídico procesal y que, por tanto, debe ser evaluado al momento de admitirse la demanda o al momento de resolverse la excepción previa siendo claro se insiste **que su finalidad no es otra a que la administración estudie previamente la viabilidad de los reclamos efectuados por el trabajador y, si a bien lo tiene, los reconozca, sin que tenga que agotarse un proceso en la jurisdicción ordinaria.**

Bien, una vez hechas estas precisiones y dada la claridad de la norma **y su objetivo**; la decisión del Juez será **CONFIRMADA**, pues **evidentemente al solicitar la pensión de vejez, que es lo que se reclama hoy en este proceso se agota la reclamación**, sin que la norma exija, como parece entender la recurrente; que dentro del trámite administrativo se adelante, por decirlo así el juicio. Por el contrario, la finalidad se encuentra cumplida toda vez que ya la entidad consideró no había lugar al reconocimiento pensional; en palabras de la recurrente porque no contaba con los requisitos; luego será el Juez del proceso quien ahora sí definirá la controversia, una vez se obtengan las pruebas necesarias para tal efecto.

Reitera la Sala que la solicitud de pensión de vejez y la respuesta de la entidad tienen por establecido el cumplimiento de lo establecido en la ley y sobre todo el logro de su finalidad.

Conviene también resaltar que la norma no es de la ritualidad, que señala la recurrente porque antes y luego de la reforma que introdujera la ley 712 de 2001, siguió correspondiendo a la finalidad perseguida; **esto es el principio de autotutela de la administración, en desarrollo de cual se le considera no solo como parte pasiva sino parte neutral o autoridad pública que tiene como deber primordial garantizar la efectividad, de los principios derechos y deberes consagrados constitucional y legalmente a favor de los asociados y en esa calidad es que se le llama para que considere la viabilidad jurídica de los reclamos del trabajador y si es del caso los reconozca, oportunidad que ya tuvo con la solicitud que recibió y respondió, siendo entonces ahora el Juez quien debe decidirlos.**

En consecuencia, **SE CONFIRMA** la decisión apelada.

Sin costas en esta instancia.

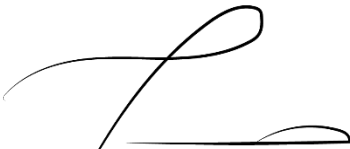
En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

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

SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 38-2020-328-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ MIRYAM HURTADO

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 13 de junio de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LUZ MYRIAM HURTADO, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que alcanzó los 57 años de edad el 13 de junio de 2014, que cuenta con 1300 semanas de cotización acreditadas ante la demandada, por lo que tiene derecho a que se le reconozca pensión de vejez a partir el 13 de junio de 2014; como consecuencia de tales declaraciones petitiona se condene a la demandada al pago de dicha prestación, junto con retroactivo y reajustes, así como intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 13 de junio de 1957, que alcanzó los 57 años de edad el 13 de junio de 2014, que cuenta con 1350 semanas cotizadas y en varias oportunidades ha solicitado corrección y/o actualización de su historia laboral ante la demandada, adjuntando los respectivos soportes de pago de aportes, que el 5 de junio de 2018, petitionó reconocimiento pensional y la pasiva en resolución SUB 18602, negó dicho reconocimiento señalando que no contaba con 1300 semanas de cotización, pues sólo acreditaba 1273 y no ha procedido a corregir su historia laboral.

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 1, 2, 4 a 8 y negó los demás; propuso como excepciones las que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación y no procedencia al pago de costas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento RESOLVIÓ:

PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que efectúe la corrección de la historia laboral de la demandante LUZ MYRIAM HURTADO DE DÍAZ, incluyendo como tiempos efectivamente cotizados los siguientes: (cuadro acta)

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocerle, liquidarle y pagarle a la demandante LUZ MYRIAM HURTADO DE DÍAZ, una pensión de vejez en los términos de la ley 797 de 2003, en cuantía equivalente al salario mínimo legal, a partir del 1° de septiembre de 2018, prestación a la cual deberá aplicarse los respectivos reajustes legales anuales y pagarse las mesadas ordinarias y así como la adicional que procede. Se autoriza en este escenario a COLPENSIONES, para que del monto de las mesadas pensionales retroactivas a que tiene derecho la demandante, descuenta en el porcentaje que en

derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagarle a la demandante LUZ MYRIAM HURTADO DE DÍAZ, intereses moratorios a la tasa máxima más alta certificada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA al momento del pago, respecto de las mesadas pensionales causadas desde el mes de septiembre de 2018, a partir del 1º de octubre de la misma anualidad, y mes a mes respecto de las mesadas que seguidamente se siguieran causando. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda, relacionadas con inclusión de tiempos en la historia laboral, particularmente para las anualidades 2005 y 2008.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

Con miras al esclarecimiento de los hechos, milita en el informativo como pruebas relevantes a folios 132 y 192 a 203 así como folios 1 a 35, 61 a 128 y s.s., planillas de autoliquidación de aportes y soportes de pago correspondientes a los periodos reseñados por la demandante al folio 35 del archivo digital obra respuesta de Colpensiones del 29 de noviembre de 2018 a solicitud de corrección de historia laboral del 23 de agosto del 2018 resolución SUB 180602 del 6 de julio de 2018 mediante la cual se niega el reconocimiento de la pensión de vejez, igualmente una nueva solicitud de estudio pensión de vejez radicada en 15 enero 2020 y la resolución de SUB 6270045 del 4 de marzo del 2020 mediante la cual se niega nuevamente el reconocimiento de la pensión de vejez, milita igualmente el expediente administrativo de la demandante allegado por la demandada en donde milita el reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por esta entidad el 9 de abril del 2019, registrando aportes o cotizaciones por un equivalente a 1271.14. Confrontando las pruebas que militan en el informativo con la información que requiere la demandante le sea actualizada; en relación con los aportes del año 1996 se advierte que para dicha anualidad la accionante indica que no se han incluido 4.32 semanas sin especificar el ciclo que hace referencia y revisando el reporte de semanas cotizadas extrae que para el ciclo de febrero del 96 a pesar que se reportan 30 días de cotización, solo se toman 2 sin que se advierta por parte del juzgado hay alguna justificación para omitir la contabilización de los 28 días restantes siendo pertinente señalar que el periodo fue cancelado de manera completa conforme se extrae la autoliquidación de aportes de folio 132 del archivo digital, por lo cual deben ser contabilizadas 4.04 semanas correspondientes a este ciclo; en relación con aportes para el año 1999 pone de presente la demandante que no se han contabilizado un total de 21.45 semanas de las que si bien es cierto, no se especifican los ciclos a los que corresponden, se obtiene tal información de la respuesta de la solicitud de corrección de historia de historia laboral donde se indican por parte de la administradora periodos post 94 nombre o razón social empleador Luz Miryam Hurtado, tipo de requerimiento falta periodo es de 9901 01 t000000 periodo hasta 99 50 1 T 0000 respuesta a requerimiento en relación con las cotizaciones en relación con las cotizaciones efectuadas como afiliado al régimen subsidiado para los ciclos de enero del 99 a mayo del 99, le comunicamos que dichos aportes fueron aplicándose a cada uno de los ciclos anteriores para los cuales usted no realizó el pago, siendo beneficiario de este subsidio; por lo anterior, con base en la amnistía establecida para pertenecientes al régimen subsidiado, el cual estuvo vigente hasta mayo 31 de 1999, de acuerdo con lo estipulado en la normatividad que allí se cita.

De lo anterior, advierte el despacho que corresponden estos tiempos a los ciclos de enero a mayo del 99 respecto de los cuales obra comprobante de pago obrantes a folio 203 del archivo digital, que no aparecen reportados dentro de la historia laboral de la demandante pues deben ser incluidos y contabilizados en un total de 21.45

semanas, ya que no se precisan a qué periodo específicamente se habrían imputado como para poderlos deducir; aportes del año 2001 indica la parte demandante que nos han contabilizado 1,16 semanas, de la revisión del reporte de semanas, se evidencia que para agosto del 2001 se reportan 22 días y no se contabilizan en su totalidad sin que exista justificación por para ello, sin que se advierta eh irregularidad alguna en este aspecto que implique tomar algo un valor adicional, en relación con aportes del 2003 se indica que faltan 0.15 semanas no contabilizadas, de la revisión del reporte de que van a servirte que para el ciclo de enero de 2003 se reportan 30 días y solo se contabilizan 29 por lo tanto pues posee sumar lo correspondiente a 0,143 semanas, en relación con los aportes del 2004 se sostiene por la demandante que no se han contabilizado 2.29 semanas y revisando el reporte se tiene que parar los ciclos de enero del 2004 a marzo y marzo a noviembre de 2004 a pesar que se reportan 30 días solo se contabilizan de a 28 días para cada uno de sus ciclos; sin que haya alguna razón que justifique tal situación; en estas condiciones considera el despacho que deben ser contabilizados los tiempos respectivos de cada ciclo para un total de 2.86 semanas, en cuanto a aportes del 2005 se manifiesta que no se ha incluido 4.29 semanas; sin embargo revisando los comprobantes arrojados, se advierte a folios 112 a 128 del anexo de pruebas de pagos de los ciclos de febrero a diciembre del 2005 los que se acreditan dentro del reporte de semanas de cotización emitido por Colpensiones, por lo que no hay lugar a hacer algún tipo de corrección en este aspecto; en cuanto a aportes del año 2008 se indica que no se han contabilizado 0.59 semanas sin especificar el ciclo en punto de la revisión del reporte de semana se advierte que para los ciclos de agosto del 2008 y octubre en 2008 se reporta en 30 días y el conteo se realiza por 28 y por 29 días cada uno de estos ciclos, sin que se precise la razón por la cual esta diferencia, al parecer esto habría obedecido a un pago de aporte inferior efectuado por la parte demandante y sin que de los comprobantes de pago se advierta un pago distinto, en estas condiciones no hay lugar a contabilizar el tiempo adicional, en relación con los aportes del 2009 se indica que no se contabilizaron 1.19 semanas de la revisión del reporte se advierte que para los ciclos de marzo a mayo julio a octubre y diciembre de 2009 se reportan 30 días pero se contabilizan día 29 para cada uno de estos ciclos aduciendo pago por aportes inferior al que correspondía; no obstante lo anterior, a folio 190 a 204, se evidencia que la demandante efectuó el pago del aporte de manera completa por lo cual se debe efectuar la corrección y contabilizar 1.14 semanas por dicha anualidad. En relación con aportes del año 2010 se indica que no se han contabilizado 33 semanas para este año, revisado el expediente y la el reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones para los ciclos de febrero y marzo del 2010 ,se reportan 30 días y se contabilizan 29 produciéndose un pago de aportes inferior; no obstante acorde con la documental obrante a folios 206 a 208, se evidencia el pago completo por lo que debe corregirse y contabilizarse la incidencia del día faltante que da lugar a 0,286 semanas, en relación con los aportes del año 2011 se indica que no se han contabilizado 30.34 semanas correspondientes a los ciclos de junio a diciembre del 2011, conforme a respuesta emitida por la pasiva y de reporte de semanas cotizadas, se advierte que para marzo y mayo del 2011 se reportan 30 días pero solo se contabilizan 29, aduciendo un pago de aportes inferior, así como que las cotizaciones van solo hasta mayo del 2011 en este aspecto conforme documental que obra a folios 200 212, 213 y 225 a 230 del anexo de pruebas, se advierte el pago del aporte de manera completa para los ciclos de marzo y mayo del 2011 y para los meses de junio y diciembre del 2011 los que no se ven reflejados en la historia laboral, por lo que se debe efectuar la corrección contabilizándose 30.31 semanas adicionales

En relación con aportes del año 2012 se alude a que no se han contabilizado 0,18 semanas y revisado el resto de los reportes de semanas en los comprobantes de pago se advierte que para el ciclo de febrero de 2012 se reportaron 30 días pero el conteo se hace por 29 con la imputación se hace por 29 días y se acredita por la parte actora que el pago fue completo por lo que el contabilizarse un día adicional esto es 0,143 semanas, en relación con los aportes del año 2013 se indica que no se ha contabilizado 13.19 semanas, siendo pertinente señalar que corresponderían a ciclos de agosto a octubre del 2013 y sobre los meses de marzo y abril se evidencia reporte por 30 días y en registro de 29 días como pagados, en este escenario se advierte que conforme documentales de folios 200, 250 a 252 del anexo de pruebas se evidencia que la demandante efectuó el pago de aporte de manera completa para los meses de marzo y abril del 2013 así como para los de meses de agosto a octubre de 2013 ,los que no se aplicaron en su historia laboral por lo que debe contabilizarse 13.15 semanas adicionales.

Esclarecido lo anterior y para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez que reclama la demandante debe precisarse que se aduce que efectivamente cuenta con más de 1300 semanas de cotización y si bien la demandante para 1 de abril del 1994, contaba con más de 35 años de edad, en 257 en principio era beneficiaria del régimen de transición advirtiendo el despacho que el 29 de julio del 2005 tan sólo contaba con 681 semanas por lo que en régimen de transición solo se le hizo extensivo por virtud del AL 01 de 2005 hasta el 31 de julio del 2010 momento en el cual la demandante no contaba con los requisitos mínimos previstos en el acuerdo 049 de 1990, esto es con 1000 semanas de cotización para dicha data, evidentemente no pueden aplicarse en este aspecto las reglas del régimen de transición; ahora bien en los términos de la Ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 del 2003, se establece que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe reunir 57 años para la mujer y a partir del año 2015 como mínimo deben acreditarse 1300 semanas de cotización; revisado el expediente y particularmente las documentales a que ha hecho mención el despacho incluyendo el reporte de semanas cotizadas en pensiones y con la inclusión en dicho consolidado de los periodos reseñados precedentemente, susceptibles de ser contabilizados se encuentra acreditado que la demandante cuenta al menos con 1353.29 semanas cumpliendo los 57 años el 13 de junio del 2014 acreditando los requisitos de edad y densidad de semanas de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez, cabe anotar que la demandante si bien es cierto cumplió 57 años de edad el 13 de junio del 2014, el reconocimiento de la pensión se causa en el momento en el que se cumple con las 1300 semanas de cotización lo que se dio el 1 de agosto del año 2017.

Frente a la fecha de pago de la prestación, debe remitirse el despacho a las previsiones del artículo 13 del decreto 758 de 1990 que señala que la prestación se pagará a solicitud del interesado y una requisito una vez reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo 12, pero será necesaria su desafiliación del régimen para que pueda entrar a disfrutar de la prestación, igualmente se señala que para la liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada; así las cosas revisado el reporte de semanas de cotización se evidencia que las últimas cotizaciones del accionante tuvieron lugar para el ciclo de agosto del año 2018, momento en el cual se entiende que es esa la voluntad de la demandante efectuar cotizaciones y se infiere que tácitamente opera el retiro del sistema por lo que el reconocimiento prestacional a que tiene derecho la demandante esto es la pensión de vejez deberá hacerle pagar a partir del 1 de septiembre del año 2018. Ahora bien para efectos de determinar el IBL, cabe anotar que deben aplicarse las reglas del artículo 21 de la ley 100 de 1990, esto es, se tendrá en cuenta el promedio de los salarios rentas sobre los cuales haya cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si este fuere inferior actualizados anualmente con base en la variación del IPC; teniendo en cuenta lo anterior, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor se obtiene como IBL de los últimos 10 años la suma de \$777.076 y los ingresos de toda la vida laboral por la suma de \$649.071, en cuanto al monto de la pensión de vejez el mismo se tarifa en los términos del artículo 34 de la ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación más favorable o que corresponde a \$777.076, tal suma resulta inferior al SMLV para el año 2018, que corresponde a \$781.242, siendo pertinente señalar que en este contexto el valor de la mesada pensional que debe disfrutar la demandante a partir del 1 de septiembre del 2018 pues corresponde al SMLV, debiendo pagar Colpensiones las mesadas causadas a partir del 1 de septiembre del año 2018 junto con sus respectivos reajustes legales anuales y la mesada adicional.

Teniendo en cuenta lo anterior como quiera que la accionada propone en su defensa como excepción la de prescripción conviene destacar en este aspecto que verificar la fecha de causación de las mesadas pensionales a que se ha referido el despacho se observa que efectivamente entre este momento y la presentación de la demanda no transcurrieron más de 3 años y por lo mismo, no opera el fenómeno prescriptivo. Se reclama el reconocimiento de intereses moratorios entiende el despacho en los términos del artículo 141 de la Ley 1993, en este aspecto conviene señalar que para efectos de reconocimiento de la pensión de vejez, la entidad cuenta con un periodo de gracia de 4 meses contados a partir de que se eleva la solicitud correspondiente en lo pertinente señalar que el reconocimiento nacional fue solicitado el 5 de junio de 2018 transcurriendo 4 meses el 5 de octubre de ese mismo año y en consecuencia considera que el despacho que en la medida en que el reconocimiento pensional se hace a partir del 1 de septiembre del año 2018 procede la condena por concepto de

intereses moratorios mes a mes a partir del 1 de octubre de esa anualidad, los que se van causando con las respectivas mesadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Tal y como acertadamente lo pudo establecer su señoría con el material probatorio obrante dentro del plenario se tiene que mi representada durante muchos años vino solicitando a la demandada, la corrección y actualización de su historia laboral aportando la prueba fundamental que eran esas planillas de pago y sus comprobantes de pago de aportes que hizo de manera completa y que Colpensiones siempre omitió incorporar en su historia laboral, nótese su señoría que como lo adujo al momento de analizar el material probatorio se tiene por demostrado que efectivamente no existió justificación alguna que le permitirá a la demandada sustraerse por más de 5 o 6 años en incorporar la historia laboral de mi representada esas 75 semanas que se estableció a través de esta sentencia judicial y que fueron determinantes para que mi representada pudiera acceder al reconocimiento y pago de su mesada pensional; ahora bien su señoría se tiene que de acuerdo con la el artículo 3 de la ley del acuerdo 049 de 1990 y también lo adoctrinado por parte de la CSJ que efectivamente son dos circunstancias que rodean ese tema como son; la fecha de causación del derecho a esa pensión de vejez y otra la el derecho es la fecha de disfrute de la pensión de vejez; en el primer aspecto, respecto de la fecha de causación se encuentra claramente mostrado su señoría que para el año 2014, mi representada tenía 57 años; si bien es cierto conforme la historia laboral dentro del plenario se pudo establecer que la última cotización la hizo hasta el 31 de agosto del año 2018; no obstante ello, su señoría se tiene por demostrado que más o menos desde el año 2014 mi representada vino solicitando ante Colpensiones la corrección y actualización de su historia laboral efectivamente por culpa y el error en que hizo inducir a mi representada en no incorporar esas semanas cotizadas en su historia laboral pues mi representada de buena fe continuó efectuando sus aportes para la Seguridad Social hasta completar 1300 semanas sin poder acceder al derecho a la pensión de vejez.

Nótese que como bien lo analiza, para el para el mes de agosto del año 2017 mi representada ya tenía cumplidas las 1300 semanas cotizadas esto es, esas 75 semanas que efectivamente estaban faltantes y que se negó por muchos años a incorporar en su historial laboral y esas semanas que aparecen debidamente reflejadas en las historias laborales sobrantes dentro del plenario, es desde dicha data su señoría que mi representada tiene derecho a la causación y al disfrute de esa mesada pensional; ahora bien el que mi representada con fecha posterior al mes de agosto del año 2017 y por un año hasta el mes de agosto del año 2018 continuó efectuando aportes lo que hizo única y exclusivamente con el fin de poder alcanzar sus 1300 semanas porque si nos podemos si observamos, esas cotizaciones las realizó con base en salarios mínimos legales mensuales vigentes para dicha anualidad, por ello, si mi representada quisiera o pretendiera mejorar su mesada pensional con esas semanas cotizadas del 2017 al 2018, no podría incidir porque sí o sí al momento de efectuar las operaciones aritméticas su mesada pensional no resultaría superior a un SMLV y si bien es cierto se ha señalado que se debe tener en cuenta hasta la última semana legalmente cotizada, en este acaso hay una excepción que establece la CSJ, en el entendido que mi representada en varias ocasiones antes del año 2018, elevó ante la demandada varias solicitudes de reconocimiento de pensión de vejez, varias de corrección y actualización de su historia laboral pero que desafortunadamente nunca tuvo éxito en estas aspiraciones y no le quedó más alternativa primero que seguir cotizando un año más por la omisión de la demandada y después de ese tiempo la sometió a un proceso ordinario laboral que efectivamente es donde el juez ha juiciosamente resuelve tener en cuenta esas semanas cotizadas para así concluir que la demandante tiene derecho a que se reconozca y pague la pensión; entonces nótese su señoría que si bien es cierto usted hace un análisis juicioso y objetivo respecto de esa historial laboral y esos periodos faltantes de mi representada considero con el respeto acostumbrado la fecha de disfrute de la mesada pensional de mi representada no debe ser a partir del 1 de septiembre del

año de 2018 sino de debe ser a partir del 1 de septiembre del año 2017, data para la cual, ya se acreditaban 1300 semanas de cotización y 57 años de edad.

Colpensiones recurrió señalando que las semanas tenidas en cuenta de enero de 1999 a mayo de 1999, fueron pagadas a través del régimen subsidiado, razón por la cual, ese pago se aplicó a periodos anteriores, con base en la amnistía establecida para el régimen subsidiado, el cual estuvo vigente hasta mayo de 1999, de acuerdo con el artículo 2 de Decreto 2114 de 1998, respecto a la actualización de la historia laboral de los demás periodos, esa entidad adelantó las gestiones de cobro como se evidencia de oficio 20203058771 del 4 de marzo de 2020, sin que se generara respuesta de la empleadora de la época de la deuda en el pago de aportes, la cual se podía estar generando por pagos inexactos o extemporáneos por parte de la demandante, ya que en el expediente se evidencian pagos realizados por parte de esta como independiente cuando su empleadora era la señora Sandra Rodríguez, sin que se tenga claridad al respecto, que las cotizaciones se encuentran en cabeza del empleador conforme lo señala la Ley 100 de 1993, que al no haber claridad respecto de los pagos inexactos o extemporáneos realizados para el año 2013, Colpensiones no los imputó en la historia laboral de la actora, realizando el estudio pensional con las semanas debidamente imputadas en dicho documento, que arrojó que acreditaba 1273 semanas de cotización y por ello, negó el reconocimiento pensional, siempre actuando de buena fe y ajustada a los preceptos legales, por ello solicita no se le condene al reconocimiento de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos, se tiene en primer lugar que la demandada señala que no había lugar a tener como cotizados los periodos de enero a mayo de 1999, por cuanto la demandante hacía parte del régimen subsidiado de aportes y dichos pagos fueron imputados a periodos anteriores. Sobre el particular se tiene que como bien lo indica el juzgador de primer grado y a pesar de que la demandada indica que el pago de tales aportes que quedó suficientemente demostrado efectuó la demandante, se imputó a periodos anteriores, no indica a qué periodos hace referencia, ni menos acredita tal afirmación; de tal manera, no es posible omitir su contabilización ante el efectivo pago demostrado de dichos

ciclos de cotización, por cuenta se itera, de omisión de la demandada de probar su afirmación, según la cual imputó los pagos bajo estudio a periodos anteriores.

Ahora bien, en cuanto a los periodos que fueron contabilizados de manera parcial, que dicho sea de paso y como bien lo refirió el juez, revisados los comprobantes de pago allegados por la parte demandante, se observa que en efecto había lugar a contabilizar de manera completa dichos ciclos, pues de tal forma se acreditó su pago, respecto de los cuales, si bien la demandada indica que efectuó las acciones de cobro, es bien sabido que la mora en el pago de las cotizaciones por parte del empleador, no puede afectar el derecho pensional del afiliado como en reiteradas ocasiones lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL 3691 de 2021, debiendo ejecutar la demandada las acciones de cobro, sin que ello repercuta negativamente en el conteo de los periodos en mora a favor de la demandante. De igual forma, de las inconsistencias que indica la entidad se presentan en la historia laboral de la actora, se demuestra en el trámite procesal la contabilización de manera parcial de semanas por parte de Colpensiones a pesar de su pago completo; sin que esa entidad demuestre la existencia de las inconsistencias que indica también en etapa de alegaciones, máxime cuando es a la que por ley se le confía el correcto el correcto manejo de los datos consignados en la historia laboral y recibió los pagos efectuados por la actora y sus empleadores sin manifestar inconformidad alguna al respecto.

Es así como en esta oportunidad se determina la procedencia de tener como efectivamente cotizados los ciclos señalados en la decisión de primera instancia, concluyéndose que en efecto la actora supera las 1300 semanas de cotización para ser acreedora al reconocimiento pensional objeto de condena. De tal forma, en cuanto al recurso interpuesto por la parte demandante, frente a la fecha de dicho reconocimiento, se tiene que contrario a lo indicado por el juzgador de instancia y por la parte actora en su recurso, revisada la historia laboral aportada en expediente administrativo y actualizada a enero de 2019, para lo cual se tuvo en cuenta las semanas cuya procedencia se determinó en esta decisión, las 1300 semanas de cotización se completan para el ciclo de **diciembre de**

2017, razón por la cual, antes de dicha data no es posible efectuar el reconocimiento pensional como lo solicita la parte demandante.

En cuanto a la fecha de reconocimiento pensional, indica el recurrente de la parte actora que se configura lo que la CSJ ha denominado desafiliación tácita. Sobre el particular en efecto esa corporación entre otras en sentencia SL2004 de 2022, ha indicado que por regla general, el reconocimiento pensional procede a partir de la fecha en que se realizó la última cotización, no obstante situaciones excepcionales como que el afiliado se haya visto abocado a seguir cotizando, permite efectuar dicho reconocimiento antes de la data en mención.

Al punto, se tiene que en esta oportunidad, no se configura la situación excepcional alegada, pues revisada la historia laboral de la demandante, se evidencia que las cotizaciones que efectuó con posterioridad a acreditar las 1300 semanas, esto es, diciembre de 2017, fueron efectuadas de manera **continua**, lo que permite descartar que con ocasión de la negativa de la demandada a reconocerle derecho pensional fue que se vio avocada a seguir cotizando, aunado a ello, como la parte demandante señala en escrito de demanda, y así lo reitera en etapa de alegaciones, la primera solicitud elevada ante la demandada para efectuar reconocimiento pensional, data del 5 de junio de 2018, esto es, solo 2 periodos con anterioridad a que efectuara la última cotización, razón por la cual, en este aspecto no se variará la decisión, manteniéndose la fecha de reconocimiento pensional dispuesta en primer grado.

Intereses moratorios

Sobre este aspecto, que fuera punto de reproche por parte de la demandada y se estudia en grado de **consulta**, resulta evidente que en esta oportunidad tuvo lugar la mora deprecada, ya que no se probó razón objetiva y atendible para que Colpensiones no hubiera imputado en debida forma los aportes pagados por la demandante con fundamento en los cuales negó el reconocimiento pensional deprecado, siendo 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, por lo que contrario a lo indicado por la demandada, el sólo retardo en el reconocimiento pensional es que habilita para el reconocimiento de los intereses bajo estudio, sin que sea necesario estudiar si esa entidad actuó o no de buena fe, al negar dicho reconocimiento pensional.

Para el caso bajo estudio, la demandante solicitó reconocimiento pensional el 5 de junio de 2018, por lo que la entidad contaba con 4 meses para efectuar su reconocimiento y por tanto esta condena procede a partir del 5 octubre del mismo año, debiéndose **MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia recurrida, ya que dispuso tal reconocimiento desde el 1 de octubre de 2018.

Prescripción

Atendiendo a la fecha a partir de la cual opera el reconocimiento pensional de la actora, que como se señaló data del 1 de septiembre de 2018; se observa que no transcurrió el fenómeno prescriptivo, como quiera que radicó esta acción judicial el 14 de septiembre de 2020, como se determina de acta de reparto visible en expediente digital.

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: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida, en el sentido de indicar que la condena de intereses moratorios allí señalada, procede a partir del 5 de octubre de 2018.

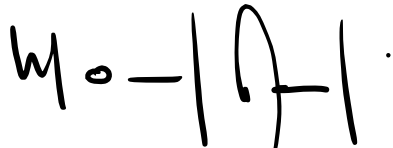
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida, por las razones señaladas en la parte motiva.

TERCERO: 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 RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2020-315-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GABRIEL GARCÍA

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 5 de mayo de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado concedido en auto anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor GABRIEL GARCÍA, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que se realizó el pago oportuno a su favor de cotizaciones al extinto ISS hoy Colpensiones, para los periodos de agosto, octubre y diciembre de 1996, enero a octubre de 1997 y noviembre de 1997 a abril de 1998, por la liquidadora de la sociedad Comercial Moderna S.A., como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada a reconocer dichos periodos como efectivamente cotizados, ordenándole de igual manera

reconocer a su favor pensión de vejez, junto con retroactivo desde el 17 de marzo de 2019 hasta la fecha de reconocimiento efectivo de la prestación y bono pensional a que haya lugar.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 17 de marzo de 1957, contando a la fecha de presentación de la demanda con 63 años, que siempre cotizó al ISS hoy Colpensiones, estando vinculado desde 1988 a 1999 laboralmente con la sociedad Moderna Ltda., la que entró en proceso de liquidación obligatoria, asignándose dentro de este un inmueble para el pago de aportes pensionales a favor de Colpensiones, que esta última en respuesta a uno de sus requerimientos, le indicó que el valor de los dineros producto de la liquidación de la sociedad, no habían alcanzado para el pago de las obligaciones pendientes con esa entidad, que la liquidadora de su empleador, realizó el pago a su nombre de los aportes pensionales pendientes con destino a Colpensiones, por lo que los aportes que tienen la observación en su historia laboral de “pendientes de pago”, ya fueron cancelados.

Indica que para el pago de las obligaciones de aportes pensionales por parte de la liquidada sociedad, se giraron 2 cheques a favor del ISS por valores de \$789.364.469 y \$7.515.075,13, que el 22 de octubre de 2019, se radicó ante Colpensiones solicitud de corrección de historia laboral a lo que esta indicó que se presentaban deudas pendientes para los ciclos de agosto, octubre, noviembre de 1996 y octubre de 1997 a abril de 1999, negando la demandada su solicitud de reconocimiento pensional en resolución SUB8806 de 2020, argumentando la falta de semanas de cotización, sin tener en cuenta los aportes efectivamente cancelados por su ex empleador, que efectuó una nueva solicitud en el mismo sentido el 5 de mayo de 2020, siéndole negada en resolución SUB 117496.

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 1 a 3, 7, 8, 11 a 16 , negó el No. 17 y manifestó no constarle los

demás; propuso como excepciones las que denominó petición anticipada, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, carencia de causa para demandar, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento RESOLVIÓ:

PRIMERO: ORDENAR a COLPENSIONES integrar los periodos en mora por parte de COMPAÑÍA MODERNA LTDA - COMODERNA, como empleadora del señor GABRIEL GARCÍA, a la historia laboral del actor: diciembre de 1995, 12 al 30 de diciembre de 1996, septiembre de 1997 a abril de 1999.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor GABRIEL GARCÍA es beneficiario de la pensión de vejez vitalicia a luz la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, y, en consecuencia, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que reconozca y pague al señor GABRIEL GARCÍA la pensión de vejez vitalicia a luz la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que se desafilie.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que en cuanto a la relación laboral que se alegaba respecto de la sociedad cuyos aportes se reprochaban, no había sido objeto de controversia la existencia del vínculo de trabajo entre el demandante y la sociedad Compañía Moderna Ltda., como se extraía de las manifestaciones de la demandada en escrito de contestación, siendo del caso indicar que la carga de la prueba para demostrar los extremos temporales de la existencia de esta, recaían en la parte actora como lo había reiterado la Sala Laboral de la CSJ, corporación que igualmente se había expresado sobre la diligencia que debían tener las administradoras pensionales en cuanto a las acciones de cobro frente al empleador moroso.

Que conforme las documentales aportadas al proceso, se había demostrado el pago de deuda de aportes pensionales en el proceso de liquidación de la sociedad Compañía Moderna Ltda., causados con posterioridad al 26 de abril del año 1999, obrando comunicación que señala que los aportes en

mora del actor con anterioridad a dicha data, no habían alcanzado a ser cubiertos, por falta de recursos para el efecto, pues la adjudicación no fue suficiente, que el reporte de semanas cotizadas a julio de 2021, daba cuenta de 1307 semanas cotizadas, que para los periodos de diciembre de 1995, se reflejaban 30 días reportados y 0 cotizados, para agosto y octubre de 1996, se reflejaban 30 días cotizados y 30 reportados y para el periodo de diciembre de 1996, se detallaban 30 días reportados y 11 cotizados, de enero a octubre de 1997, 30 días reportados y 0 cotizados con la observación “pago aplicado a periodos anteriores”, sin que apareciera registro de los periodos comprendidos entre febrero de 1997 y septiembre del mismo año y entre noviembre de 1997 y abril de 1999, sin embargo para los periodos de noviembre de 1996 y mayo de 1999, esto era, un periodo anterior y uno posterior a dicho interregno, se observaban cotizaciones efectuadas por parte de Comercial Moderna Ltda., reflejándose aportes efectuados por esa sociedad entre el 1 de enero de 1995 al 30 de septiembre de 1990 de manera continua a excepción de los periodos discutidos, sin que se evidenciara novedad de retiro.

Que la demandada había señalado que se habían imputado a la historia laboral del actor los periodos de agosto y octubre de 1996, lo que en efecto se corroboró con dicha documental, que si bien el demandante había manifestado que empezó a laborar en dicha sociedad en 1988, el reporte de semanas cotizadas daba cuenta que había cambiado su NIT a partir de 1995, por lo que para efectos de la sentencia, se tendría como extremos temporales de la relación laboral el 1 de enero de 1995 al 30 de septiembre de 1999, lo que se corroboraba con el hecho de que colpensiones hubiera recibido el pago de cotizaciones desde la data mencionada sin observación alguna y en comunicación del 2 de septiembre de 2019 en la que sostuvo que los ciclos adeudados por la sociedad en mención correspondían a 1996, 1997, 1998 y 1999, los que no alcanzaban a ser cubiertos con la sesión de bienes aprobada en el proceso liquidatorio, señalando que se había efectuado cobro por los periodos de febrero, septiembre y noviembre de 1997, abril de 1999, no siendo dable que esa administradora desconociera tales periodos cuando había aceptado que tales periodos se encontraban a cargo del empleador en mención como tampoco se registraba novedad de retiro que conllevara a establecer que sobre dichos periodos no se

encontraba vigente la relación laboral, máxime cuando habían sido parte del proceso liquidatorio.

Que teniendo en cuenta la vigencia determinada de la relación laboral, surgía la obligación del empleador de efectuar cotizaciones a favor del trabajador demandante y de no hacerlo, le correspondía a Colpensiones adelantar las acciones de cobro, las que no había realizado de manera oportuna brillando por su ausencia prueba de ello, pues si bien había manifestado en algunas resoluciones haber efectuado dichas acciones, no había prueba de ello, y si bien la empleadora se había liquidado en 2011, ello no la relevaba de su responsabilidad de adelantar dichas gestiones, que reiteró no demostró habiendo periodos en mora desde 1996 y sólo en 1999 había iniciado el proceso concursal de la sociedad, que por ello el demandante tenía derecho a que la demandada contabilizara los periodos de diciembre de 1995 y diciembre de 1996 y enero a 1997 a abril de 1999, para un total de 889 días, que equivalían a 127 semanas cotizadas y sumadas a la historia laboral expedida en 2021, había cotizado un total de 1434 semanas a marzo de 2021.

En cuanto a la pensión de vejez, señaló que conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, este había arribado a los 62 años de edad el 17 de marzo de 2019, data para la cual contaba con aproximadamente 1347 semanas cotizadas y conforme el artículo 31 de dicha norma, la pensión de vejez se debía reconocer a partir del cumplimiento de los requisitos siendo necesaria la desafiliación del sistema para su disfrute y para el caso del actor, la última cotización la había efectuado el 19 de abril de 2021 y la demandada había certificado que continuaba como activo cotizante, de ello se concluía que continuaba cotizando al no haber prueba de retiro del sistema, se ordenaría pagar la pensión al demandante a partir de la desafiliación del sistema, debiendo liquidar el IBL conforme las previsiones del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, no generándose por ello retroactivo pensional alguno.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones recurrió señalando que no era posible tener en cuenta los periodos indicados en la decisión para efectos pensionales, por cuanto esa

entidad en los actos administrativos proferidos para el caso del actor, había puesto de presente el allanamiento en mora que se presenta pues si bien son periodos que se generaron unas algunas diferencias porque no se efectuó la totalidad del pago y fueron periodos que estaban en custodia del ISS, que fuera reemplazado por esa entidad y que en esa data, no se presentaban herramientas jurídicas suficientes para entablar una acción de cobro y que tal como quedó probado en el proceso, esa entidad sí había realizado requerimientos, algunas acciones de cobro, las que si bien no se hicieron de manera oportuna, no se puede entrar a imputar estos periodos del patrimonio de Colpensiones porque esa entidad sufraga as pensiones de los mismos aportes que realizan los administrados así como de lo que se entrega por parte del Gobierno Nacional, por lo cual imputarle estos periodos a esa entidad, no solo afectaría su patrimonio público, sino a todos los afiliados de esta, ya que como lo establece el artículo 48 de la CP, los recursos de la Seguridad Social son limitados.

Que debía tenerse en cuenta lo establecido en la sentencia SL 2608 2019 radicación 660484 en donde Corte Suprema de Justicia, había indicado que debía demostrarse de manera suficiente el contrato de trabajo y si bien en el proceso existían otros elementos de juicio sin que exista una carga de valor probatorio por parte de los jueces laborales, se deben exigir otras pruebas para comprobar esos extremos laborales, que tal postura, se reitera en sentencias SL 514 de 2020 y ese SL 33692 de 2020, en las que señaló que se le debe dar una relevancia muy importante a la existencia de la relación laboral, circunstancia que no se había dado, que esa entidad solo hasta el 2020 cuando el actor solicitó reconocimiento pensional, se percató de los aportes en mora y procedió a efectuar los requerimientos del caso, siendo una deuda incobrable, ya que como se probó, la empresa se encuentra liquidada desde la 99, no pudiéndose imputar ese allanamiento en mora, teniendo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera y que el demandante ya cumple con las semanas requeridas, configurándose una petición antes de tiempo.

Solicitó por último morigerar la posición en cuanto la condena en costas, ya que no todas las pretensiones salieron avantes en los términos del numeral 5 del artículo 365 del CGP.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que contrario a lo señalado por la demandada en recurso y alegaciones quedó suficientemente demostrado en el trámite procesal la existencia de la relación laboral del actor con la sociedad Compañía Moderna Ltda., en los términos indicados por la decisión de instancia, tan es así que la misma entidad indicó en comunicaciones emitidas en respuestas a las solicitudes del actor, que estaba adelantando gestiones de cobro de los periodos en mora objeto de condena; aunado a ello, los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Sociedades aportados y comunicaciones emitidas por la liquidadora de dicha sociedad dan cuenta de manera fehaciente y contrario a lo señalado por la entidad demandada del vínculo laboral del actor con la sociedad en mención desde 1995 a abril 1999; a más de lo anterior como lo indicó la decisión de instancia, en tales periodos no se registró novedad de retiro alguna por parte de dicha sociedad y con anterioridad y posterioridad a tales interregnos temporales, se registran aportes debidamente pagados por la empleadora del actor en mención, no siendo de recibo como señaló el argumento de la recurrente según el cual, no resulta clara la existencia de la relación laboral bajo estudio, cuando las pruebas aportadas dan cuenta sin equívocos de lo contrario.

Ahora, en cuanto a las gestiones de cobro que señala la recurrente no estaban a su cargo, tal argumento tampoco resulta de recibo como quiera que la Administradora Colombiana de Pensiones fue la entidad que asumió la administración del RPM, sus afiliados y el correcto manejo de las historias laborales de los mismos, así como la obligación legal de ejercer las acciones de cobro respecto de los aportes en mora, asumiendo tales obligaciones desde el 1 de octubre de 2012 que entró en funcionamiento, no obstante ello y como lo corrobora en su recurso, fue solo hasta el 2020 que se percató de la mora patronal para el caso del actor a pesar de que la debió haber advertido desde que empezó a ostentar la custodia de la historia laboral de este último, debiendo asumir también que el entonces ISS no hubiera realizado dichas gestiones, pues se itera, fue la entidad que reemplazó a dicho Instituto como administradora del RPM y las omisiones de estas entidades, no pueden afectar el derecho pensional del afiliado

como tantas veces lo ha reiterado la CSJ entre otras en sentencia SL 3691 de 2021, máxime cuando tal obligación nace desde la Ley 100 de **1993**.

Es así como en esta oportunidad se determina la procedencia de tener como efectivamente cotizados los ciclos señalados en la decisión de primera instancia, concluyéndose que en efecto el actor supera las 1300 semanas de cotización para ser acreedor al reconocimiento pensional objeto de condena a partir de la fecha en que se desafilie del sistema como lo señalara la decisión de primer grado.

Por último y en cuanto a la condena en costas, no se accederá a la petición del recurrente, ya que conforme las previsiones del numeral 1 del artículo 365 del CGP, la demandada fue vencida en juicio, lo que determina la procedencia de tal condena; así las cosas, se **confirmará** la decisión de primer grado en su totalidad.

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 RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 39-2020-384-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: VICENTE DUCÓN CORREA

DEMANDADO: JARDINES DEL APOGEO S.A.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de abril 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 2 de marzo de 2022 proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas las de ambas partes, la demandada, solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor VICENTE DUCÓN CORREA por intermedio de apoderado judicial, solicitan que se DECLARE que entre él y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 24 de noviembre de 2004 al 5 de junio de 2020, que se declare la nulidad o ineficacia del contrato de transacción suscrito el 5 de junio de 2020 por versar sobre derechos ciertos e indiscutibles, que por ende, su contrato se dio por terminado sin justa causa. Como

consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada a reliquidación de auxilio de cesantías entre el 31 de diciembre de 2019 al 5 de junio de 2020, reliquidación de cesantía por el mismo periodo, de prima de servicios, prima extralegal, vacaciones y pago de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre él y la demandada existió un contrato a término indefinido entre el 24 de noviembre de 2004 al 5 de junio de 2020, desempeñándose en el cargo de recaudador y devengando como salario la suma de \$1.265.000, en un horario de lunes a viernes de 7 a 1:00 PM y 2:00 a 6:00 Pm y sábados medio día, que la demandada el 5 de junio de 2020 a las 3:00 p.m., lo convocó a una capacitación por intermedio de la señora Magda Peña, quien fungía como directora del departamento de cobranzas, que una vez estando en el lugar de la reunión, fue recibido por 2 personas que adujeron ser abogados y quienes lo presionaron obligándolo a firmar un documento denominado *contrato de transacción*, que consistía en la renuncia de mutuo acuerdo al cargo que venía desempeñando, que tales presiones para suscribir el documento fueron de tiempo intimidatorio, indicándole entre otras que sino firmaba el documento, no lo indemnizarían; a lo él solicitó que lo dejarán pensar y el lunes emitiría una respuesta, frente a lo cual le respondieron que sino firmaba ese día, el lunes no habría nada.

Que el engaño al que fue sometido se logra evidenciar en que lo citaron para una supuesta capacitación y lo hicieron firmar una transacción para dar por terminado el contrato que lo vinculaba con la demandada, que cuenta con escasa escolaridad, ya que sólo cursó hasta 5 de primaria, por ende no comprende qué es un contrato de transacción, la naturaleza del mismo ni las consecuencias que le acarrearía su suscripción, que lo menos que quería era quedarse sin trabajo ya que es padre cabeza de familia y uno de sus hijos padece síndrome de down, que la accionada tampoco tenía motivo para dar por terminado su contrato.

Afirma por último que al interior de la demandada, funciona el sindicato Sintracementarios, al cual se encontraba afiliado, siendo cobijado por los derechos consignados en la convención colectiva suscrita en 2018, sin que se

observara la misma para la terminación de su contrato ya que no estuvo acompañado en ese momento por 2 miembros del sindicato, siendo inducido en error para firmar dicho documento ya que pensó que la terminación del contrato era unilateral y no bilateral, violándose sus derechos ciertos e irrenunciables.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la acción, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó el hecho No. 2 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones, ausencia de obligación, ausencia de moratoria por parte del empleador, compensación, cosa juzgada y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y cosa juzgada, condenando en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

Teniendo en cuenta que la demandada presentó como excepción de fondo denominada cosa juzgada el argumentó que entre las partes se suscribió un contrato de transacción laboral, el cual obra en la carpeta 10 subcarpeta 3 y dado que la parte demandante sostiene que fue coaccionada a suscribir dicho documento, el despacho debe verificar si este cumplió con los elementos considerados en la ley para surtir plenos efectos o si por el contrario algunos de estos elementos se encuentran viciados. Así las cosas, es menester recordar que la transacción en los términos expuestos en el artículo 2469, Código Civil es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual y en adición a los elementos comunes a los acuerdos de voluntades, la transición pues impone la disponibilidad de transigir la existencia de una eventual disputa sobre los derechos y la reciprocidad de concesiones y ventajas lo que difiere de la simple renuncia a un derecho. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia 4112 de 2020 sobre la transacción, señaló “Conviene no olvidar que la transacción como figura contractual aplicable al derecho del trabajo resulta válida cuando; 1 existe un litigio pendiente o eventual. 2; se trata de derechos ciertos e indiscutibles tras las manifestaciones, reza de la voluntad de los contratantes excepta de vicios y 4; se presente concesiones mutuas o reciprocas”.

Así mismo y como lo alega la parte demandada, uno de los efectos más importantes de ese contrato que hace tránsito a cosa juzgada respecto a los derechos con que este se negocia tal cual lo ha precisado la CSJ en sentencias como la SL 2833 del 2017 y el auto AL 2622 del 28 de septiembre de 2020 advirtiendo que el juez le está vedado imponer condenas sobre obligaciones que ya fueron materia de transacción entre las partes

aclarando que la Corte que lo que procede es declarar la excepción de cosa juzgada, de ahí que ese tipo de acuerdos es un mecanismo legítimo que se celebra con la finalidad de acabar un litigio o precaver uno a futuro cuyas características se sustenta en que las partes renuncian a los derechos en disputa y en su lugar, ceden en las aspiraciones, siendo por lo tanto un mecanismo alternativo de solución del conflicto que hace tránsito a cosa juzgada y surte pleno efecto siempre cuando no esté afectado por algún vicio en el consentimiento su objeto y causa sean lícitos y no desconozcan derechos mínimos ciertos e indiscutibles; ahora teniendo en cuenta que la parte actora alega que fue constreñido para suscribir un contrato de transacción laboral e inducido en error, toda vez que pensó que se trataba de una terminación unilateral y que desconocía las consecuencias de suscribir el mismo, se estudiará si existió o no alguna de las circunstancias que afecte el consentimiento del demandante; frente al consentimiento se tiene que de conformidad con lo previsto en el artículo 1508 del código civil, los únicos vicios que pueden afectar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, en ese sentido se trae a colación la sentencia C 9932 del 2006, mediante la cual la Corte Constitucional estudio los artículos 1509 del Código Civil y por ende se definieron los de consentimiento así; “Consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental de su objeto y la realidad es decir, el conocimiento no verdadero o falso de la realidad, se distingue de la ignorancia en cuanto éste consiste en ausencia de conocimiento, en palabras de la jurisprudencia laboral “Tal vicio consiste básicamente en una idea inexacta que se forma un contraste sobre uno de los elementos del contrato, como puede ser la naturaleza del acto, una identidad del objeto, sub realidad o de la persona en la que se contrate”. fuerza, es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma, esta especie de artificio o engaño a otro sujeto del negocio jurídico y que induce a provoca un error en él”.

Del mismo modo la Corporación en mención, indica que estos vicios se deben probar por la parte demandante, así lo indicó en sentencia SL 1111 del 17 de abril de 2020 cuando señala: pues bien, el consentimiento que se exige en materia laboral para la validez de los diferentes actos jurídicos debe ser libre y espontánea, sin que adolezca de vicios y error, fuerza, dolo, capaces de afectar las declaraciones de voluntario que se encuentran sometidos al principio de la carga de la prueba, es decir, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso, en sentencia SL 3144 del 2021 precisó, la sala: “considera oportuno señalar que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, de esa corporación no cualquiera alteración psicológica afecta la facultad de negociar de la persona, sino que esta debe tener la entidad suficiente para alterar su capacidad de juicio, además de estar debidamente probado con los medios idóneos”. Por otro lado, en cuanto a la causa ilícita, la CSJ ha señalado a través de sentencias como la SL 3907 del 2020 que remitió a la sentencia SL 3071 del mismo año, lo siguiente; el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge el cumplimiento de los supuestos de hecho, de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra, por tanto, un derecho será cierto o real, innegable cuando no haya dudas sobre la existencia de los hechos que le dieron origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o sensibilidad, lo que hace entonces que un derecho sea indiscutible, la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación, no y no en el hecho en que el trabajador y empleador existen discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas.

Así las cosas, se advierte que en el contrato de transacción entre las partes se pactó lo siguiente” de una parte de la sociedad Jardines del Apogeo y de la otra Ducon Correa Vicente dejamos constancia que el señor Ducon Correa Vicente, trabajó hasta el 5 de junio 2020 al servicio de la referida sociedad, fecha en la cual las partes dieron por terminado el contrato que las vincula por mutuo acuerdo, el cual ratifica mediante la suscripción de este documento, el señor Ducon Correa Vicente ha solicitado otros conceptos a los que cree tener derecho; por su parte, el empleador considera que no le adeuda suma alguna al ex trabajador, la referida sociedad reconoce y paga a Ducon Correa, la suma de 12 millones de pesos por concepto de esta transacción, suma que se cancelará de la siguiente manera; el 50% de ese valor para la liquidación del contrato, pago que se efectuará dentro de la semana siguiente a la firma de este documento y el 50% restante por valor de 2 millones de pesos cada una pagándose la primera, en septiembre 30 de 2020 y la otra de diciembre 30 de 2020 y la última 30 de marzo del

2021, sin que durante este tiempo haya lugar a reconocer o pagar intereses, indexación etc., celebrada así esa transacción, Ducon Correa Vicente declara paz y salvo por todo concepto a la sociedad y quedando así definitivamente liquidada y canceladas las relaciones jurídicas de que se trata sin lugar el reclamo de ninguna especie, las partes finalmente dejan constancia de que esa transacción ha recaído sobre los asuntos controvertidos y controvertibles”.

Asimismo, se observa las siguientes pruebas documentales, la carpeta 1, archivo 2, página 10, liquidación del contrato firmado en la actualidad 5 de junio de 2020, en la cual se señaló el mutuo acuerdo como causa de terminación del contrato, así como se refleja en la misma el reconocimiento de una suma total de \$14.410.485 en la cual se incluye 8 días de vacaciones, 155 días de prestaciones sociales, auxilios, premios, prima extralegal y una bonificación por mutuo acuerdo esta última por 12 millones y se señaló, “yo Juan Correa Vicente, aclaro que recibí a satisfacción Jardines de Apogeo, la cantidad de \$14.410.485 que corresponde al saldo total del sueldo y las prestaciones sociales que devengué en esta institución hasta la fecha; asimismo hago constar que el pago anteriormente mencionado Jardines apogeo ha quedado totalmente a paz y salvo para conmigo en concepto de subsidios, cesantías, vacaciones, recargos nocturnos, dominicales y festivos, compensatorios, indemnizaciones en general, todo concepto emanado de la relación laboral”. Carpeta 1 archivo 2 página 10 conversación sostenida aparentemente por Whatsapp a las 7:23 PM sin que se especifique la fecha en la que la señora Martha Peña le indique al actor que debe hacerse presente en la sede soledad a las 3:30 pm y les recomienda estar puntuales para la capacitación en el quinto piso, Carpeta 1 archivos 2 página 18, certificación emitida el 6 de abril del 2017 por la Doctora Johana Andrea Jaime rincón del área de Medicina física y rehabilitación de la Asociación Rangel la que hace constar que Juan Miguel rincón hijo del demandante presenta discapacidad permanente por síndrome de Down, hipotiroidismo, ludopatía en el plano bilateral y escoliosis dorsal, carpeta 2 archivo 2 Página 33 a 45 laudo arbitral proferido 29 de junio de 2016 con vigencia de 1 año en el que se resuelve el conflicto colectivo entre Jardines del Apogeo y sintracementarios en el que se señala que los aspectos de las convenciones colectivas no modificados por el laudo seguirán vigentes y se entienden incorporados al mismo y se aprueban reconocimientos extra legales como primas de vacaciones, prima de alimentación y prima extra legal entre otros, carpeta 2 archivo 2 página 46 a 52, Convención colectiva de Trabajo suscrita el 18 de abril de 1990 entre la compañía demandada y sintracementarios con constancia de depósito en cuya cláusula séptima se consagró que antes de decidir sobre la aplicación de una sanción disciplinaria, la empleadora citará por escrito al trabajador especificando claramente los cargos que se le imputan para ser oído en descargos con la asistencia de 2 representantes del sindicato del comité de relaciones laborales, las medidas de orden disciplinarias que serán tomadas por el empleador, la citación será con 3 días de anticipación, no producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se le imponga pretermitiendo el trámite que se habla en el literal anterior, carpeta 6 archivo 2 página 53 a 66, convención colectiva de trabajo suscrita el 28 diciembre 2018 entre la compañía demandada y cintracementarios, sin constancia de depósito en cuyas clausulas 5 y 6 se pactó la tabla de indemnización y el procedimiento para aplicar sanciones y despidos dentro de los cuales efectivamente también se hace alusión a cuando sea así en descargos, sea asistido el trabajador con dos representantes legales, carpeta 10, comprobantes de pago del 2016 a 2020 en las que se observa que el demandante devengaba un salario variable, compuesto por un salario vital básico y en mayor proporción por comisiones, carpeta 10 subcarpeta, contrato de trabajo suscrito de septiembre de 2009 en el que se pactó un básico de \$31.480 y unas comisiones de 3.5 sobre el recaudo, 5% sobre el recaudo plan familiar y 2.5 sobre el recaudo inmobiliario, carpeta 10, subcarpeta 3 archivos 6 página 15, septiembre de 2020 por medio de la cual la compañía demandada da respuesta al comunicado del actor titulado “no recibo más dinero por parte de la empresa” en el sentido de recordarle la suscripción del contrato y las obligaciones vinculantes allí pactadas.

En la carpeta 10 subcarpeta3 archivos 6 página 18 a 35 títulos judicial, el número 400100007822594 por 2 millones de pesos consignado el 8 octubre de 2020 400100077911011 por 2 millones de pesos del 4 de enero del 2020 y 40010007983228 por 2 millones de pesos de 24 de marzo del 2021, constituidos por la compañía demandada a favor del demandante en ante pago por consignación ante los juzgados séptimo y octavo, pequeñas causas laborales, así como comunicaciones enviadas a

través de correo certificado al autor informando de dicho depósito, el día de hoy se escuchó interrogatorio de parte del demandante y la demandada, testimonios de la señora Maribel Camargo Vargas, Carlos Ignacio Hoyos, Judy Andrea alemán, Juan Carlos Hernández, frente a los cuales efectivamente el despacho debe manifestar que no prospera la tacha de sospecha como quiera que efectivamente los hechos con los cuales fueron tachados no son suficientes para enrostrar efectivamente que las personas tienen algún interés en las resultas del proceso, nótese efectivamente que la parte demandada tachó de sospecha tanto a la señora Maribel Camargo Vargas, el señor Carlos Ignacio por tener procesos pendientes con la entidad, sin embargo, tal cómo se verá más adelante esos testimonios se rindieron de manera espontánea, verible, responsiva sin que se evidenciara efectivamente que se trate de favorecer los intereses del demandante quien ya se manifestó, por lo tanto el despacho los valorará, situación igual que sucede con la señora Judy alemán y el señor Juan Carlos Hernández, la primera, porque si bien tiene una relación de subordinación con la empleadora, se nota también que su exposición fue dada de manera desprovista de algún interés como el señor Juan Carlos Hernández, quien presente no tiene un poder de subordinación, si tiene un contrato pendiente porque asesora en algunos momentos a la empresa, también se evidenció que no existía un vicio o que su declaración fuera amañada como las otras personas, por lo tanto, ninguna de las partes de sospecha prospera.

En este orden la transacción laboral suscrito entre las partes surte plenos efectos jurídicos, puesto que no se estructuró ningún vicio del consentimiento y adicionalmente recayó sobre un objeto y causa lícita en tanto no se afectaron derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, tal cual se ha explicado, en primer lugar, no resulta ser cierto que el demandante no haya conocido las condiciones del negocio jurídico a que se sometió la terminación del contrato de trabajo, que lo ligó con la empresa demandante, pues queda en evidencia de su relato que era consciente de que ello lo llevaría a extinguir cualquier obligación de la empresa que tuviera con este, como así se plasmó tanto en la transacción lo que dejó sin sustento el dicho del actor, aunado a ello, la parte demandante, no cumplió con la carga de la prueba que le imponen las normas procesales esto es probar el supuesto de hecho los vicios de consentimiento y de conformidad con el artículo 167 del CGP, pues véase que en armonía con la anterior el actor no probó que su juicio estuviera afectado por cualquier discapacidad y que la misma fuera de tal gravedad que afectara su autodeterminación y le impidiera medir las consecuencias de sus actos pues si bien es cierto el demandante señaló que el día de la reunión estaba asustado, nervioso y que por ende no leyó mejor dicho, entendía, situación entonces que a su juicio, lo señala que no pudo entender lo que estaba sucediendo, pues más cuando señala “que firmó casi obligado firmé, cómo se verá más adelante esta situación queda sin piso porque primero no se llegó ninguna prueba que evidenciara efectivamente cuál fue el comportamiento, cuál fue esa conducta o esa actitud que demostró tuvo el demandante al interior de la reunión, se tiene que todos los testigos se tornan testigos de oídas, pues ninguno de ellos participó en la misma reunión, toda vez que los 3 trabajadores que fueron citados, no se reunieron de manera conjunta, sino que con cada uno de ellos se reunió, se dio una reunión de manera separada, por lo tanto lo que pudiera decir el señor Carlos Ignacio hoyos de la actitud o la situación que haya vivido el demandante al interior de la reunión no puede ser tenida en cuenta por el demandante, de hecho, no lo manifestó en su declaración porque sencillamente no participo de la misma reunión.

Asimismo, tampoco acreditó que por parte de la compañía demandada se dio una presión física o moral sobre el actor con el fin de doblegar su consentimiento, pues, contrario a ello, según la manifestación de los testigos, si se le explicó las implicaciones del contrato de transacción y sus consecuencias, así como se le dio la opción de no firmarlo, tanto así que como al unísono señalaron tanto los testigos de la parte actora como los de la pasiva, uno de los trabajadores decidió no suscribirlo y en ese orden efectivamente que esa presión, coerción, pues no se encuentra acreditado primero, como ya lo manifesté, no se encontraba ninguno de los testigos presentes en el momento en que suscribió la información, no entiende el despacho como efectivamente pueda decir el demandante que no tenía conocimiento, no tenía claridad de lo que estaba pasando en esta situación, si efectivamente tal como incluso lo dijo el señor Carlos Ignacio en su propio caso él tuvo la oportunidad de leer el contrato, es decir no se lo pasaron a ciegas, no se lo envió para que leyeran en 5 o 10 minutos también como lo dicen todos los testigos al reunirse estoy hablando del señor Carlos Ignacio Hoyos y la señora Judy

Andrea Alemán y el señor Juan Carlos que tuvieron más contacto con estos, el hecho es que efectivamente cada uno de los trabajadores se demoraron más o menos de 30 a 40 minutos dicho en palabras del señor Cárdenas, señaló que esa reunión que se llevó a cabo de 3 de la tarde a 7 de la noche a pasar uno a uno y con cada uno se demoró 30 a 40 minutos; entonces se pregunta el despacho si fue así como dice la parte demandante que llegó y le pasaron el contrato que ya estaba elaborado y firme porque después el lunes no hay nada, pues no entiendo para qué tenía que gastarse el empleador 30 o 40 minutos, eso lo que conlleva un indicio a establecer que efectivamente explicaron las condiciones del contrato de transacción, se le explicó en qué consiste el contrato de transacción y lo mismo, y lo mayor es que se le permitió leer el contrato de transacción, no encuentra piso probatorio o acompañamiento probatorio al dicho del demandante cuando señala que no puedo leerlo porque se encontraba nervioso, pues efectivamente no se sabe porque no hay uno de los testigos presentes que estaba al lado y bueno no encuentra el acompañamiento probatorio, sin embargo nótese que el señor Carlos Ignacio en sus declaraciones señaló que sí leyó el contrato, que le dieron el referido contrato, manifestando efectivamente que uno de los citados no quiso firmar, situación que efectivamente evidencia que no fueron presionados ni constreñidos, porque sí hubo la oportunidad de que uno de ellos se opusiera y señalara o manifestara de manera diferente, no quiero firmar, pues efectivamente esto también indica un indicio de que ninguno de los trabajadores fue constreñido, del mismo modo no se puede predicar para el caso concreto, la existencia de dolo con el fin de engañar al demandante, pues fíjese que por un lado el demandante recibió una retribución económica y por otro tenía plena facultad del conocimiento de las implicaciones de suscribir contrato de transacción, por lo que para el caso concreto, la parte también incurrió en omisión probatoria más cuando efectivamente no se le pasó única y exclusivamente el contrato de transacción, su reunión no se demoró 10, 15 minutos, sino que se demoró entre 40 minutos o más y además de ello, acompañado el contrato de transacción, tenía todos los demás documentos que le daban luces al demandante que iba a terminar su contrato de trabajo,

Ahora aquí se ha discutido frente a la conversación de WhatsApp y la forma como fueron citados, documento que fue desconocido por la parte demandante, cuyo desconocimiento prospera por las siguientes razones; efectivamente en el formulario o la conversación de WhatsApp no se logra evidenciar cuando o la fecha de la elaboración de dicho grupo pero sin gracia a discusión manifestaron que quiénes fueron citados, son las personas a las que Se refiere el documento de WhatsApp y efectivamente pudiera referirse a la misma reunión como quiera que los testigos, incluso la parte demandante como demandada manifestaron o hablaron de que simplemente que tan solo fueron citados los trabajadores, lo que efectivamente coincide con el argumento de las personas, nótese que su contenido tampoco se evidencia que ha sido claro en señalar que haya sido una capacitación porque primero le dicen que tienen una cita al día siguiente, que debe presentarse en la sede de Soledad 3:30 PM y si bien es cierto en la parte final, dice se le recomienda ser puntuales para la capacitación, en el quinto piso, lo cierto es que efectivamente nótese como el demandado el testigo Carlos Ignacio Hoyos señaló que él sí le parecía raro que hayan sido citados capacitación 3 de las de todo el grupo que conforma el área comercial o el área de cartera, tan es así que llamó al subjefe Magda y le preguntó y ella le contestó que no sabía que solamente estaba obedeciendo órdenes. Entonces el hecho de que en primer lugar, pues pese a que prospera la tacha de sospecha porque no se conoce el origen ni la fecha en la que se suscribe esta información y que en gracia a discusión aceptado su contenido, llegaríamos al mismo punto, y esto es no apoyar los argumentos de la parte demandante porque el hecho de que les recomienda ser puntual en la capacitación no significa que se está induciendo en error, más cuando efectivamente uno de los testigos señaló que eso no era del común que pasará en la empresa y por eso llamó a su jefe para decirle, mire, qué pasó, no sé, solamente me dijeron que los citara a ustedes 3, en ese orden, que será claro que tampoco podían estar engañados de una capacitación cuando no era la usanza de la empresa y en ese orden, en el momento de la reunión, cuando se les explica y se les enseña o se les indica para qué están citados, en ese momento ya se tienen conocimiento de que efectivamente están a puertas de presentársele un plan de retiro. Al punto también conviene decir que según la liquidación del contrato de trabajo de título judicial, están descritos al actor se le pagó la suma de \$14.400.485, incluyendo saldo de salarios, prestaciones sociales, compensación de vacaciones y la suma de \$12.000.000 por bonificación de mutuo acuerdo; ahora, debe indicarse que si bien se indicó que el

demandante se encontraba afiliado en sintracementerio lográndose verificar tal afirmación con los desprendibles de pago con los que se observa el descuento por aporte sindical, así como el reconocimiento de los conceptos extralegales pactados en las convenciones colectivas allegadas situación que además aceptó la representante legal de la demandada y pese que a que allí se pactó una forma especial de pago de indemnización por despido injusto para los afiliados al sindicato, lo cierto es que dentro del escrito inicial no se encuentra el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa y en todo caso dicho concepto no es del todo cierto e indiscutible y por tanto es negociable; aunado a ello, alega el actor, que no fue acompañado por representantes del sindicato al cual se encuentra afiliado cuando fue llamado para suscribir el contrato de transacción, conforme al artículo 6 de la Convención Colectiva de 2018; frente a lo cual, en primer lugar se tiene que la Convención colectiva, suscrita en 2018 no fue allegada con la respectiva constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo requisito imprescindible para verificar que la misma surtió efectos a la vida jurídica; sin embargo, si en gracia de discusión se tuviera en cuenta lo dispuesto en el mismo orden por la Convención colectiva de 1990; lo cierto es que, como bien se encuentra allí expuesto, la exigencia del acompañamiento de dos representantes legales del sindicato solo surge cuando se está ante la imposición de una sanción disciplinaria, situación que no acontece en el caso concreto, pues la terminación de contrato se dio por mutuo acuerdo y lo cual se encuentra respaldado por los testigos Maribel Camargo Vargas y Jorge Oidor, porque si bien es cierto ellos no tienen conocimiento exacto de que fue lo que sucedió en la reunión y cómo fueron citados también lo indica ellos como líderes sindicales conocedores de la Convención colectiva fueron muy claros en señalar que el acompañamiento de los representantes sindicales no se da cuando la terminación del contrato se da por mutuo acuerdo, sino cuándo se va a sancionar, situación que la primera sabe que no aconteció con el demandante, que me queda señalar de esa norma convencional no está el acompañamiento para la terminación por mutuo acuerdo y el segundo pues a no conocer cómo terminó la relación laboral del demandante con la empresa demandada.

No siendo dable que el demandante pretenda desconocer un acuerdo de voluntades que previamente celebró con el ánimo de terminar su contrato de trabajo, pues ello conllevaría a que la herramienta de seguridad jurídica que emite la suscripción de un contrato de transacción, en tal sentido, se refirió la CSJ en sentencia 26071 del 2006 reiterada en el 2014, SL8987, indicó” no solo recordar lo que de antaño y de manera pacífica, ha enseñado la corte en el sentido de que no existe provisión alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensado ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación por ejemplo, por reestructuración, sin que ello por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formular el patrón de ofertas distintas que de igual manera puedan ser aprobadas o desestimadas por este, por lo que no es dable de calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien la expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo ilegal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que pueden presentarse en el desarrollo de relaciones laborales”, tal como sucede en el presente caso, cuando uno de los citados manifestó que no aceptaba dicho ofrecimiento y se retiró sin firmar el Convenio hoy a el contrato de transacción; por su parte, también la misma corporación, en sentencia 33086 de 2008, señaló que en lo referente al contrato de transacción suscrito, el empleador y trabajador lo siguiente; “consiste que en dicho acuerdo adquiere la connotación de una transacción que no requiere para su validez como lo pretende hacer ver los recurrentes del aval y la autoridad competente aunque basta que este manifestación de voluntad de las partes se haga en forma consciente y libre de apremio y no un derecho cierto e indiscutible, bajo la misma línea conviene precisar que no existe alguna que le presté, la existencia de un acuerdo suscrito entre el trabajador y empleador por el hecho de que se hubiere celebrado en las instalaciones de esta última, de manera que dicha premisa tampoco resultaba relevante por atribuir perse un vicio en el consentimiento del trabajador con la entidad suficiente para desquiciar el acto y predicar sin validez”.

Del mismo modo se debe advertir sobre la suma de dinero pagada y reconocida por la empleadora a favor del demandante, que eso no es un asunto que le corresponde al juzgador como quiera que obedece a un valor que las partes autónomamente aceptaron para poder poner fin a cualquier controversia suscitada de la relación laboral y así lo

señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 1249 del 2014, por otro lado, el hecho 14 de la demanda sobre la condición de padre de familia del actor, debe recordarse que sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia SU 1388 del 2005, establece los requisitos para acreditar tal condición así; 1, que se tenga la carga de responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar bajo que esa responsabilidad sea de carácter permanente. 3 no solo ausencia permanente en el lugar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento como padre. 4, que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, psíquica o mental o como es obvio, la muerte; 5. que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia que significa la responsabilidad solidaria de la madre o del padre, para que sostengan el hogar”, de manera que como se observa dichos presupuestos, no fueron demostrados a cabalidad, perdiendo así sustento el argumento del extremo activo al pretender derruir la validez del acuerdo transaccional con fundamento en ello, tampoco se habla de la posición según la cual por tratarse de un acto en que se situó a un grupo de trabajadores durante la jornada laboral para negociar determinación de sus contratos esto equivalga a que el acto de terminación no fue voluntario, pues de hecho lo declarado es que tanto los testigos como el demandante encontraron como a bien recibir una suma de dinero a cambio de disolver así el vínculo contractual, pero que en el caso concreto el actor eligió a adherirse a la propuesta determinación en virtud de la entrega de una suma de dinero que, aunque resulte inferior de la indemnización a que tendría derecho según las convenciones colectivas descritas que se repiten, no se allegó el depósito, no tenían cabida en el presente asunto por tratarse de una terminación del contrato por mutuo acuerdo, más no de un despido sin justa causa, por demás representó la voluntad de los contratantes y corresponde a un concepto renunciable, por tanto, el trabajador no puede ser tenido como un sujeto sin poder de decisión, como lo explicó la Corte en la sentencia 43751 del 9 de abril de 2014. El trabajador tiene derecho a tomar sus propias decisiones y si se equivoca sufrirá las consecuencias de su error, por ende, se puede concluir que el contrato de transacción entre las partes surte ciertos efectos jurídicos puesto que no se estructuro ningún vicio en el consentimiento pero realmente tampoco se afectaron derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, la transacción recayó sobre la totalidad de las pretensiones de controversia y en consecuencia surte los efectos jurídicos de la misma si no es otro que la cosa juzgada en tal sentido, dado que era concluir la plena validez del acta en cuestión, se reconoce la ratificación de la terminación del contrato de trabajo del actor por mutuo acuerdo, más cuando efectivamente la liquidación de las prestaciones sociales se evidencia que se pagó todas las obligaciones que se tenía para el momento de la finalización de contrato.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Solicito tener como fundamento jurídico los hechos en la acápite de las pruebas sobre el fundamento de derecho y los expuestos en los alegatos de conclusión y los reparos que hago a la sentencia proferida por su despacho es que no tener en cuenta la prueba documental sobre el envío de los Wasap donde se evidencia efectivamente que la reunión era para una capacitación y no para un despido sin justa causa, ahí está radicado el engaño con los indicios que están probados dentro del proceso como es el testimonio claro y veraz que hizo el señor Carlos Ignacio Hoyos que lo ratificó que efectivamente había sido la reunión a la que citaron no era para firmar un contrato de transacción sino a una capacitación por eso solicito a los honorables magistrados tener como prueba ese documento que reposa dentro del plenario y los testimonios e interrogatorio que se hizo a la accionada, los testimonios que ante la parte demandante como la demandada donde se observa en qué forma fue que se citaron, esto nos da entender que están diciendo mentiras en cuanto como fue la citación de los trabajadores a la forma como se citaron a firmar el contrato de transacción.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que como bien lo adujo la decisión de primer grado no ofreció reparo la existencia de la relación de índole laboral que existió entre las partes y que tuvo lugar entre el 24 de noviembre de 2004 al 5 de junio de 2020, la que fue aceptada por la demandada y cuya existencia se corrobora con las pruebas aportadas al plenario por las partes.

Determinado lo anterior y en aras de resolver el recurso de apelación, se tiene que, en cuanto a la transacción, el Código Civil establece:

Art. 2469. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

Por su parte, el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo, señala:

Validez de la transacción. Es válida la transacción en asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutible.

Respecto a la figura de la transacción, no se puede pasar por alto que de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que es de la esencia de esa figura que las partes hagan concesiones, o lo que es lo mismo, que pierdan parte del derecho que creen les corresponde, pues si el acto se limita a reconocer derechos a una sola, o renunciar a los que no se encuentran en disputa, no puede considerarse a ese acto procesal como transacción.

De acuerdo a las anteriores normas legales de carácter sustancial y procesal, aunado a lo que ha adocinado el máximo órgano de la justicia laboral ordinaria, se debe dar validez a los acuerdos celebrados entre las partes, a fin de precaver un posible litigio o terminar el mismo, siempre y cuando versen sobre derechos inciertos y discutibles, pues aun por voluntad de las partes, estas se encuentran vedadas para transar derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, protegidos además por normas de orden público.

De conformidad con las normas legales y jurisprudencia antes reseñadas, se observa que entre las partes en litigio, se suscribió acuerdo de transacción el 5 de junio de 2020 y que fuera aportado por las partes, mediante el cual se pactó la terminación del contrato laboral que los unía, transigiendo la totalidad de las diferencias que pudieran surgir como consecuencia de este, en la suma de \$12.000.000; documento respecto del cual, indica el actor, fue constreñido para su suscripción.

Al respecto, se tiene que de conformidad con los artículos 13, 14 y 15 del CST, si bien la autonomía de la voluntad privada en asuntos del trabajo tiene restricciones que buscan proteger a la parte débil en la relación, de ello no se deriva la invalidez de todos los pactos que celebre el trabajador con su empleador para regular las condiciones de trabajo o para terminar las relaciones que viene ejecutando como transacciones, conciliaciones u otros, siempre y cuando, se ajusten a lo preceptuado en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que los obligados tengan capacidad para acordar tales pactos así como, consentimiento libre de vicio, y objeto y causa lícitos (esto último en materia laboral implica, entre otras cosas que el acuerdo no se desconozcan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador ni afecte los derechos legales mínimos del trabajador).

Conforme lo señalado en precedencia y como bien lo adujo la decisión de primer grado, en el presente no se probó que para la suscripción del acta de transacción mencionada por parte del actor, hubiere mediado vicio alguno en su consentimiento, pues contrario a lo señalado por el recurrente también en alegaciones, las testimoniales vertidas en el trámite procesal, no dan cuenta de tal circunstancia, pues como bien lo adujo cada uno de ellos, no estuvieron presentes en el acto en que el actor suscribió el acuerdo bajo estudio, constituyéndose en testigos de oídas; por lo que tal afirmación del actor esbozada en escrito de demanda, no cuenta con fundamento probatorio alguno, máxime cuando se demostró que uno de los trabajadores de la demandada y que rindió declaración en el proceso, Carlos Ignacio Hoyos, puso de presente que a los trabajadores citados en dicha oportunidad, les concedieron tiempo suficiente para conocer y leer el documento a suscribir y uno de ellos, al conocer su contenido, se abstuvo de firmar el mismo.

Ahora bien, en cuanto a la citación a través de conversación de whatsapp a que alude el recurrente, se tiene que tal medio probatorio, no permite siquiera someramente concluir que el actor haya sido engañado para suscribir el documento transaccional, pues si bien se habla de una citación a capacitación en la fecha y hora en que fue suscrito el acuerdo transaccional, lo cierto es que no se logró corroborar que tal conversación hubiera provenido de un empleado de la pasiva investido de funciones para convocar a dicha reunión, tampoco se conoce la fecha en que fue remitida tal información a los trabajadores, lo que se corrobora con el dicho del testigo antes mencionado, quien refirió que normalmente la sociedad demandada, no acostumbra a realizar citaciones a reuniones por tales medios.

Por último, es claro que contrario a lo indicado por la parte actora en recurso y alegaciones, el acuerdo transaccional suscrito por el actor, no desconoció ningún derecho cierto e indiscutible, pues basta revisar el caudal probatorio aportado por la pasiva, entre ellos la liquidación final de prestaciones sociales para determinar fácilmente que le fueron cancelados en debida forma al actor la totalidad de sus derechos laborales, razones suficientes para **confirmar** la decisión recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo 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 D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



DEMANDANTE: ROSA EMILIA FLÓREZ

DEMANDADO: CAPITAL SALUD EPS S.A.S.

RADICADO: 11001 22 05 000 2023 00245 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 17 de febrero de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda, ordenando a la accionada garantizar en el término de 48 horas, la entrega efectiva del medicamento “módulos de proteína carbohidratos lípidos – advance NM polvo 25 mg/sobre” en número de 90 sobres, para tomar un sobre de 25 gramos cada 8 horas por 30 días.

Como fundamento de sus pretensiones indica la accionante que la EPS accionada ha negado la entrega de los medicamentos autorizados por el MIPRES, allegando para el efecto, fórmula médica expedida a su nombre del medicamento objeto de condena.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 17 de febrero de 2023, resolvió acceder a las súplicas de la demanda, para lo cual ordenó a la accionada suministrar a la accionante el medicamento denominado “módulos de proteína carbohidratos lípidos – advance NM polvo 25 mg/sobre” en número de 90 sobres, para tomar un sobre de 25 gramos cada 8 horas por 30 días.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la EPS accionada señaló que sí autorizó el medicamento relacionado en sentencia a favor de la accionante, no obstante, el laboratorio Audifarma, encargado de suministrar el mismo, le indicó que no había existencias de dicha fórmula, por lo cual, se había solicitado compra externa para proceder con la entrega inmediata, cuya entrega se efectuó finalmente el 17 de febrero de 2023 al hijo de la accionante y esta última confirmó tal entrega vía comunicación telefónica.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal a) *“a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”*.

Así las cosas, no ofreció reparo que la EPS accionada había omitido la entrega del medicamento “módulos de proteína carbohidratos lípidos – advance NM polvo 25 mg/sobre”, frente a lo cual aceptó que este había sido formulado por el médico tratante de la demandante, fórmula que en efecto fue allegada por las partes; así las cosas, en tanto la accionada no se opone a la entrega de dicho medicamento, señalando que no estaba disponible en la farmacia e indica que se efectuó su entrega al hijo de la señora Rosa Flórez, lo cierto es que junto con su escrito de impugnación, sólo allega prueba de que fue solicitado el medicamento a un tercero más no, que fue efectivamente entregado al hijo de la accionante, frente a lo cual, sólo obra su afirmación.

Así las cosas y como quiera que no se demuestra la entrega efectiva del medicamento en mención, en la cantidad indicada en la decisión que se estudia, pues se itera, no obra comprobante alguno mediante el cual se acredite el efectivo recibo de este por parte de la actora o del integrante del grupo familiar que indica la demandada fue entregado, no es posible acceder a la solicitud de la accionante en cuanto a declarar la existencia de hecho superado, debiéndose **confirmar** la decisión impugnada.

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

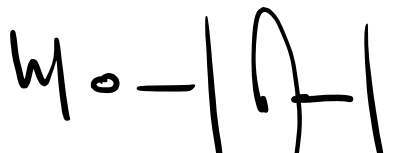
PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación el 17 de febrero de 2023, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

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


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO