



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **036 2018 00679 01**
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE BALLÉN DÍAZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que efectuó hacia Porvenir el 19 de junio de 2000, que debe ser afiliado nuevamente al régimen de prima media con prestación definida a Colpensiones; en consecuencia, que se condene a la primera a efectuar el traslado de los aportes cotizados en el RAIS a favor de Colpensiones, a esta entidad a aceptar los aportes y registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad; y en costas a las demandadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que nació el 24 de junio de 1955, se afilió al ISS hoy Colpensiones, del 1º de enero de 1978 al 19

de marzo de 1987, el 7 de julio de 1987 se afilió a Cajanal, hasta el 30 de junio de 2000, sin solución de continuidad; que desde el 19 de junio de 2000 ha hecho aportes ininterrumpidamente para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, seleccionó a Porvenir como su nueva administradora de pensiones, a donde se afilió y/o trasladó en la mencionada fecha; que el funcionario de Porvenir que lo asesoró para su vinculación no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el régimen de prima media, de Cajanal o Colpensiones, no le elaboró ninguna proyección del valor de su mesada pensional; que solo argumentó que eventualmente no podría recibir la pensión correspondiente, porque aquellas entidades serían liquidadas de manera definitiva; que le afirmó que se podría pensionar a cualquier edad, sin explicarle la afectación sobre su mesada pensional, ni le informó sobre las desventajas de trasladarse al RAIS, ni que debía permanecer mínimo 5 años y solo podría devolverse al RPM antes de cumplir 47 años de edad; que la información fue sesgada y parcializada; que cuenta con más de 1803 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, el 9 de julio de 2018 solicitó a Porvenir la invalidación, nulidad o ineficacia de su afiliación, el 18 y 23 de julio siguientes fue negada su solicitud; que el 12 de julio de 2018 petitionó copia del cálculo actuarial correspondiente a su afiliación y el 17 de ese mes y año se le entregó una simulación pensional; que el 10 de julio de la misma anualidad solicitó a Colpensiones la afiliación al RPMPD, petición negada en oficio del día siguiente (pág. 3 a 27, arch. 01, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue rechazada por falta de jurisdicción y remitida por competencia a los Juzgados Administrativos el 15 de noviembre de 2018, repartida al Juzgado 14 Administrativo, que en auto del 29 de marzo de 2019 propuso conflicto de competencia, dirimido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Consejo Superior de la Judicatura, en providencia del 24 de julio de 2019, en la que le asignó la competencia al Juzgado Laboral, quien admitió la demanda el 13 de noviembre de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 118 a 120, 129 a 133, 137, arch. 01; C001); en auto del 30 de junio de 2021 se tuvo por contestada a Colpensiones y el 26 de enero de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por Porvenir (arch. 03 y 05, C001).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inoponibilidad por ser un tercer de buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, e inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 (pág. 149 a 166, arch. 01, C001).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (pág. 147 y 148, arch. 01, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 2 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, realizado el 19 de junio de 2000 a través de Porvenir, a quien ordenó normalizar la afiliación y trasladar a Colpensiones los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y comisiones, incluidos los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; ordenó a Colpensiones recibir e imputar los aportes a la historia laboral del demandante; declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el juez de primer grado consideró que la posibilidad de elegir de manera libre y voluntaria el régimen pensional, parte del conocimiento que tenga el afiliado de uno u otro régimen, conforme al art. 97 del D. 663 de 1993; que la jurisprudencia ha precisado que el incumplimiento al deber de información acarrea la nulidad del traslado, posteriormente rectificó su postura bajo el entendimiento de que el incumplimiento del deber de información acarrea la ineficacia del traslado. Señaló que de la línea jurisprudencial a la que hizo referencia, subyacen varias subreglas, que no es necesario demostrar un perjuicio o menoscabo económico para que proceda la ineficacia, que la sola firma

del formulario de afiliación no exime ni es indicativa de que el afiliado recibió información suficiente, que no es posible aplicar las reglas de la nulidad y exigir al afiliado demostrar un vicio del consentimiento, pues la consecuencia jurídica de la afiliación desinformada es la ineficacia, y que las administradoras de pensiones deben probar el suministro de información suficiente, clara y veraz al momento de la afiliación. Concluyó que en el proceso la AFP no cumplió con la carga probatoria impuesta, en tanto que en el litigio no existe prueba alguna que de fe del cumplimiento del deber de información, debiendo declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, con sus consecuencias, conforme a la jurisprudencia laboral, advirtiendo que el derecho a la seguridad social tiene carácter imprescriptible, y así mismo la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó la revocatoria total de la decisión, argumentando que la entidad actuó como un tercero de buena fe; que el traslado del actor a Porvenir se dio de manera libre, consciente y voluntaria; que el nivel de asesoría y buen consejo evolucionó con el paso del tiempo, que para el año 2000 no era exigible realizar simulaciones y proyecciones pensionales, que las prestaciones varían acorde con los aportes, IPC, rendimientos y fluctuaciones del mercado, por lo que no podían exigirse mayores requisitos al suscribir el formulario de afiliación; que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado; que en últimas, fue Porvenir quien incumplió con su deber de información, por lo que solicita condenar a esa entidad al pago de los perjuicios económicos que se generen a la entidad por la posible concesión de una prestación pensional en cuantía relevante a favor del demandante.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C002).

El demandante y Colpensiones presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, en la contestación y en la alzada (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A

y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** El demandante cotizó al sistema pensional a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1º de enero de 1978 y hasta el 19 de marzo de 1987, y a través de Cajanal del 7 de julio de 1987 al 30 de junio de 2000, un total de 903,86 semanas (pág. 66, 89 y 99, arch. 01, C001); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 19 de junio de 2000, (pág. 50, arch. 01, C001).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso

7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz

y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información, clara, veraz, comprensible y suficiente, corresponde al fondo de pensiones, desde su creación, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 19 de junio de 2000, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, y que conoce los aspectos propios del RAIS y entiende todas las implicaciones legales de tomar la decisión de trasladarse de régimen, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo

del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho 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. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar

la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 10 de junio de 2000, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y todas las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, simplemente se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Porvenir SA, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, de los cuales las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, deberán ser debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de todos los valores a devolver.

Se precisa, que como el actor estuvo afiliado a Cajanal, al regresar al régimen de prima media lo debe hacer a Colpensiones, única administradora de dicho régimen en la actualidad, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011. Lo anterior al tener en cuenta que en virtud del Decreto 2196 de 12 de junio de 2019 fue ordenada la supresión y liquidación Cajanal y el consecuente traslado de los afiliados al extinto ISS (CSJ SL2932-2022).

Respecto de la **excepción de prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de

traslado pensional es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”¹, por lo que resulta acertada la decisión de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En cuanto a la solicitud de **indemnización de los perjuicios** que se ocasionen como consecuencia de la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen del demandante y su activación en el régimen de prima media, efectuada en la alzada, advierte la Sala que ello no hizo parte del objeto de este litigio ni del debate probatorio, razón por la cual no es posible emitir una decisión de fondo respecto al particular, sin que obste para que, de considerarlo pertinente y procedente, la entidad inicie las acciones respectivas, y acredite los perjuicios a los que hace referencia, mediando el trámite adecuado, con observancia de las garantías legales y constitucionales, en particular, del debido proceso, derechos de defensa y contradicción.

Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver con destino a Colpensiones, de los conceptos allí relacionados, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados de los aportes pensionales por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos o comisiones de administración, todo lo anterior, discriminado

¹ CSJ SL1688-2019.

con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

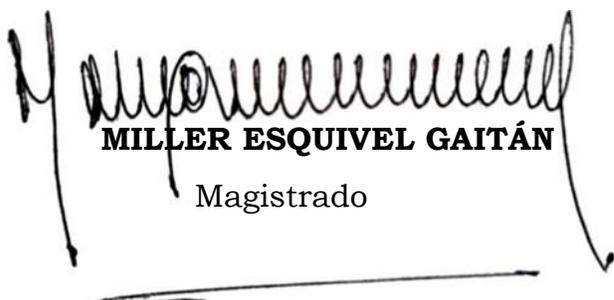
TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital* [11001310503620180067901](https://www.cajacrisis.gov.co/portal/01_01_2018/11001310503620180067901)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5601cb8f4765d1c3c57ae3fe72a4257588f506dac32151e5ae1de3940f20a510**

Documento generado en 03/05/2023 09:56:36 AM

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **033 2021 00575 01**
DEMANDANTE: AMELIA LUCÍA AYALA ORTEGÓN
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2022, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a Porvenir SA, por no existir una decisión informada, autónoma y consciente; en consecuencia, se ordene a Porvenir, reintegrar a Colpensiones, las sumas dinerarias correspondientes a gastos de administración cobrados desde mayo de 2003 a la fecha en que se profiera la sentencia, junto con los aportes, rendimientos y el respectivo detalle; se ordene a Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD desde el 22 de agosto de 1991, así como aceptar y recibir el traslado de los mencionados aportes (págs. 1, 2 arch. 2 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 14 de enero de 1963; el 22 de agosto de 1991 se afilió al extinto ISS en donde realizó aportes hasta el 30 de abril de 2003; se trasladó al RAIS el 12 de marzo de 2003 a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación en pensiones ante Porvenir SA, sin que le brindara información adecuada y completa, para proceder al cambio de régimen, ni respecto de los riesgos, desventajas o la pérdida de los beneficios o de las prestaciones a las cuales tendría derecho; tampoco fue informada acerca de las condiciones del nuevo modelo del sistema general de pensiones, solo se le indicó que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, dependía de los aportes efectuados y sus rendimientos financieros, pero no le indicaron cómo obtendría esos rendimientos, ni las inversiones que se harían con los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, ni se le hizo una comparación de las condiciones financieras ofrecidas en el mercado para la inversión de sus ahorros.

Manifestó que no se le entregaron las proyecciones del monto pensional que podría recibir en el RAIS en comparación con el que podría recibir en el RPMPS; no fue advertida acerca de su derecho al retracto y en el año 2004 no se le indicó la posibilidad de regresarse al RPMPD; el 4 de octubre de 2021 solicitó ante Colpensiones y Porvenir SA, la declaratoria de ineficacia de su afiliación y traslado a la AFP, así como la copia de todos los documentos relacionados con su afiliación, respecto de lo cual solo recibió respuesta de Porvenir SA el 12 de noviembre siguiente, en donde se le informó que bajo la modalidad de retiro programado a los 58 años, en el RAIS podría obtener una mesada de \$908.526 a través del fondo de garantía de pensión mínima (págs. 3-5 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación la demanda se admitió el 25 de abril de 2022, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 4 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Porvenir SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las denominadas prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 1-35 archs. 6, 11 C01).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC,

descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 (págs. 1-48 archs. 7, 11 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 5 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 14 de septiembre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS el 12 de marzo de 2003, a través de la AFP Porvenir SA, por lo que actualmente se encuentra afiliada efectivamente al RPMPD; ordenó a Porvenir SA trasladar a Colpensiones todos los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes, bonos pensionales, intereses, rendimientos financieros, los dineros recibidos por cuotas de administración durante el tiempo en el que la demandante estuvo afiliada; ordenó a Colpensiones recibir los valores trasladados para activar la afiliación de la demandante al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de Porvenir SA.

Consideró que debido a que el consentimiento dado por la demandante, ante Porvenir SA, no fue informado, le asiste derecho a regresar al RPMPD; y, como quiera que la AFP no demostró haber brindado una información necesaria y transparente a la demandante, no quedaba más que declarar la ineficacia del traslado entre regímenes en aplicación del precedente jurisprudencial, y en consecuencia, ordenar la devolución de los aportes realizados al RAIS, junto con los efectos que dicha declaratoria tiene, sin que en este caso, opere el fenómeno extintivo de la prescripción debido al principio de la irrenunciabilidad (archs. 15, 16 C01).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones señaló que la demandante suscribió sin inconveniente alguno el formulario de afiliación al RAIS en el año 2003, en donde se aceptó en forma expresa, espontánea y libremente su traslado de régimen a través de la

firma allí impuesta; recaía de manera exclusiva en cabeza de la AFP acreditar el cumplimiento del deber legal de información, lo cual se probó con el consentimiento vertido en el mencionado formulario en donde consta la plena intención de la demandante de pertenecer al RAIS, por cuanto las leyes que surgieron entre los años 1994 y 2016 no exigían nada distinto, de modo que no era viable imponer cargas adicionales a las vigentes previstas legalmente, en contravía de los principios de confianza legítima, debido proceso y legalidad, aunado a que la demandante no demostró la existencia de un vicio en el consentimiento, pues solo en el interrogatorio de parte señaló que no había recibido una información adecuada.

Agregó que no es viable vulnerar sin justificación alguna el debido proceso de Colpensiones, quien no participó en ese traslado, debiendo afrontar una carga que la perjudica enormemente para reconocer eventualmente una prestación en favor de la demandante, mientras que los actos jurídicos solo deben tener efectos inter partes, sin que la demandante pueda alegar el desconocimiento de las leyes y luego de 19 años de haber permanecido en el RAIS considere que resultó lesionada con la decisión que ella misma adoptó, afectando con ello el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, máxime cuando se encuentra bajo la prohibición de retornar al RPMPD cuando le falten 10 años o menos para el cumplimiento de la edad mínima para pensionarse.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02), quienes presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 6, 7 C02).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en

casación, razón por la cual había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

No fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 14 de enero de 1963 (pág. 56 archs. 2, 9 C01); **ii)**

cotizó al extinto ISS entre el 22 de agosto de 1991 y el 31 de marzo de 2003 un total de 585,14 semanas (págs. 44-48 archs. 2, 8, 9); **iii**) el 12 de marzo de 2003 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA con fecha de efectividad desde el 1º de mayo de la misma anualidad (pág. 77 arch. 2, págs. 36, 81, 88 arch. 6), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1560 semanas, conforme la historia laboral consolidada y la certificación expedidas por esa AFP el 12 de mayo de 2022 (págs. 38-43 arch. 2, págs. 37-73 arch. 6 C01).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en

sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o si se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto

resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP **Porvenir SA**, el 12 de marzo de 2003, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación n.º 01822235 (pág. 77 arch. 2, págs. 36, 81 arch. 6 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, y que conoce los aspectos propios del RAIS y entiende todas las implicaciones legales de tomar la decisión de trasladarse de régimen, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las

sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho 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. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 12 de marzo de 2003 con su afiliación a la AFP Porvenir SA, efectiva desde el 1º de mayo de esa anualidad (pág. 77 arch. 2, págs. 36, 81, 88 arch. 6 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas

deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que la AFP Porvenir SA, efectúe la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, junto con las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, todos estos valores debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto a la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, *recuérdese*, «*la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción*»¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **quinto** de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2022, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación de la demandante, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, todos ellos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eh6y0bOyvXRDkhh9DDfE-MEBgdzFiL76b-klvOfFKHqAEw?e=Y6T7Xg

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **524b20d73773d4523659af1734e6c254bf1f28b47a495383ba2aab06507fa015**

Documento generado en 03/05/2023 09:56:34 AM

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **012 2019 00258 02**
DEMANDANTE: LUIS ANTONIO JIMÉNEZ VÁSQUEZ
DEMANDADO: SOCIEDAD NACIONAL DE LA CRUZ ROJA COLOMBIANA,
ACTIVOS SAS
LITISCONSORTE NASES EST EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES SAS
NECESARIO

Bogotá DC, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia absolutoria proferida el 6 de abril de 2022, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada con la Cruz Roja Colombiana hasta el 31 de diciembre de 2020, cuando fue terminado sin justa causa por parte de dicho ente; en consecuencia, se condene a la Cruz Roja y de manera solidaria a Activos SAS, a pagar los salarios *y demás devengos dejados de recibir hasta el año 2020* a título de indemnización, más la moratoria del art. 65 del CST; y se llame en garantía a Nases EST SAS ya que sirvió como medio para la contratación. En subsidio, solicitó se declare que el contrato fue a término fijo, entre el 16 de febrero de 2018 y el 31 de diciembre de 2020, y el pago de salarios *y demás devengos dejados de recibir por el tiempo que faltare para terminar el contrato de trabajo, es decir, desde la terminación del contrato el 31 de enero de 2019 hasta*

el 31 de diciembre de 2020 a título de indemnización, más la moratoria del art. 65 del CST (f.º 1-3).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, señaló que firmó un contrato por obra o labor con Nases EST SAS el 16 de febrero de 2018 para el cargo de Oficial de Proyectos, para el desarrollo del objeto del proyecto denominado “*fortalecimiento de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja en Perú, Ecuador y Colombia*”; el Director Nacional de Voluntariado presentó el plan de trabajo de 2018 destacando la importancia del voluntariado y sus agrupaciones como la columna vertebral de la institución, con su apoyo como Oficial de Proyecto BMZ; el 31 de agosto de 2018 Nases EST SAS le remitió un correo electrónico en donde se le informó que ese día darían por terminados los contratos del personal que está activo con dicha temporal, por cuanto no seguirá siendo la administradora de los trabajadores en misión para la Cruz Roja Colombiana, la cual hace la mayor parte de su trabajo con personas voluntarias.

Sin embargo, continuó con sus mismas funciones y cargo, pero esta vez contratado a través de Activos SAS a partir del 1º de septiembre de 2018 mediante otro contrato por obra o labor para desempeñarse en misión ante la Cruz Roja Colombiana ubicada en la Av. Cra 68 de la ciudad de Bogotá; la labor de Oficial de Proyecto BMZ está delimitada en el tiempo hasta el 2020; devengó mensualmente la suma de \$2.720.000; cumplió horario de 8 a. m. a 5 p. m. de lunes a viernes; le fue asignada una oficina por parte de la Cruz Roja Colombiana, con los respectivos equipos; su jefe inmediato fue Jorge Taboada Álvarez, de quien recibía órdenes y a quien debía pedirle permisos, solicitarle el dinero de los viajes y los días compensatorios.

Señaló que el 31 de enero de 2019 Activos SAS le remitió un correo electrónico en el que se le informó que la labor para la cual fue contratado terminaría ese mismo día y que podía pasar por su liquidación final de prestaciones sociales; el 5 de febrero de 2019 la Cruz Roja Colombiana efectuó la convocatoria externa n.º 18 en la cual solicitó Oficial de Proyecto BMZ con un salario de \$2.810.000, por lo que no se configuró una justa causa para dar por terminado el contrato (f.º 3-6).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 14 de junio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la Cruz Roja Colombiana y a Activos SAS, y se vinculó como litis consorte necesario a Nases EST SAS (f.º 66).

La Cruz Roja Colombiana, se opuso a lo pretendido bajo el argumento de que nunca existió un contrato de trabajo con el demandante, quien fue enviado por Nases EST SAS y Activos SAS como trabajador en misión en el cargo de Oficial de Proyectos, en consecuencia, la Cruz Roja como empresa usuaria le suministró al demandante los medios y herramientas para que cumpliera su labor con la advertencia de que la duración de la obra se encuentra ligada a las necesidades de la Cruz Roja, que nunca superaron los 12 meses, por lo que de ninguna manera puede ser tomada como empleadora directa del demandante, como sí lo fueron las empresas en mención. Excepcionó prescripción e inexistencia de la obligación (f.º 98-111, 270-284, 319).

Activos SAS contestó con oposición para lo cual argumentó que con la Cruz Roja Colombiana suscribió un contrato de prestación de servicios de suministro de personal temporal n.º 508-2018, motivo por el cual contrató laboralmente al demandante el 1º de septiembre de 2018 para desempeñarse como trabajador en misión según necesidades de la Cruz Roja, así que cualquier acto ejercido por la empresa usuaria respecto del demandante, lo hizo en virtud de la subordinación delegada; en la misma fecha de terminación del contrato del demandante se le terminó el vínculo a 26 trabajadores más, en consideración a la disminución del incremento en su parte administrativa y por instrucción impartida por la Cruz Roja Colombiana, por ende, le pagó en su totalidad el valor correspondiente de la liquidación final de acreencias laborales. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, compensación, pago, buena fe de la demandada y mala fe del demandante (f.º 165-186, 295-319).

Nases EST SAS señaló que no existe fundamento jurídico que sustente el llamado en garantía, ni que sea declarada como responsable solidaria con las codemandadas, por cuanto en virtud el contrato de prestación de servicios para el envío de personal en misión de manera temporal suscrito con la Cruz Roja Colombiana, ejecutó el contrato de trabajo con el demandante en cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la legislación laboral y sin incurrir en conductas atentatorias de sus derechos. Propuso las excepciones de mérito que

denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y falta de legitimación en la causa por pasiva (f.º 230-239, 269).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 6 de abril de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por las demandadas y en consecuencia, las absolvió de todas las pretensiones de la demanda, e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que quedó acreditado que los verdaderos empleadores del demandante fueron Nases EST y Activos SAS tal y como el mismo demandante lo confesó en el interrogatorio de parte, sin embargo, desarrolló diferentes actividades en misión para la Cruz Roja Colombiana entre uno y otro contrato suscrito con dichas sociedades; por tanto, concluyó que las demandadas no trasgredieron lo establecido en la Ley 50 de 1990, aunado a que la labor que desempeñó el actor era ocasional porque como Oficial de Proyecto BMZ no podía ir más allá del 31 de diciembre de 2020, que es cuando finalizó el proyecto el cual tuvo 3 fases, siendo contratado el demandante solo para la primera fase, sin que el hecho de que se le hubiere terminado el contrato con anterioridad a dicha data, desdibuje la misión, lo que sí hubiera ocurrido en caso de haber continuado trabajando con posterioridad al 17 de febrero de 2019.

Agregó que como solo hubo 2 Oficiales de Proyecto adicionales, vinculados bajo la misma modalidad contractual que el demandante, las EST demandadas no actuaron en aras de ocultar una verdadera relación laboral ni como intermediarias de la Cruz Roja Colombiana como usuaria, respecto de la cual no se acreditó que existieren empleados de planta con el mencionado cargo (f.º 362-364).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante argumentó que no se analizaron de forma acuciosa todas las pruebas, por cuanto obra el resumen del Proyecto BMZ que es el que le da origen a su contratación y se indica explícitamente para qué se requiere el Oficial de Proyecto y allí se recalca que el proyecto tenía fortalecimiento entre 2017 y 2020; considera que no se apreciaron en forma correcta las inconsistencias en que incurrió el representante legal de la Cruz Roja Colombiana en su

interrogatorio de parte, ni declaraciones de Mayra Gallego y Jorge Taboada, quienes tenían conocimiento del proyecto sabían para qué se requiere un Oficial.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 12 de septiembre de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02), quienes presentaron sendos escritos reiterando los argumentos expuestos en la demanda, las contestaciones y el recurso (archs. 5, 6 C02).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, corresponde a la Sala determinar *i)* si hay lugar a declarar la existencia de un solo contrato de trabajo con la Cruz Roja Colombiana, respecto del cual dicho ente fungió como verdadero empleador del demandante y Nases EST SAS y Activos SAS como simples intermediarias.

En primer lugar, para determinar la verdadera naturaleza jurídica del vínculo de la demandante, se debe acudir a lo dispuesto en los arts. 23 y 24 del CST, referentes a los elementos esenciales del contrato de trabajo y a la presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo; de igual forma, en este caso particular, dadas las circunstancias fácticas descritas y acreditadas, es necesario remitirse a la Ley 50 de 1990 en sus arts. 71 y ss, que regularon las empresas de servicios temporales, así como las condiciones de contratación y envío de trabajadores en misión a las empresas usuarias.

En ese sentido, en el art. 77 de la última normativa en cita, se previeron los casos en los que las usuarias podían contratar con las empresas de servicios temporales, para colaborar «*en forma temporal*» con el desarrollo de sus actividades, conforme las siguientes situaciones generales: *i)* para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del empleador; *ii)* para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad; y *iii)*

para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más.

Vencido el plazo máximo previsto en la citada norma, si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlos directamente sin que sea dable prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006 y 2.2.6.5.6 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015), por lo que se tiene que, de contrariar dichas disposiciones, se desvirtúa el servicio temporal, la empresa usuaria tendría la calidad de verdadera empleadora y la EST, la de una simple intermediaria (CSJ SL2797-2020, SL3520-2018).

Entonces, en condiciones regulares, las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salario, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas de compensación familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono.

En el presente caso, de la documental aportada al expediente, en especial los contratos, las cartas de terminación contractual, certificaciones y liquidaciones, se constata que el demandante y las demandadas Nases EST SAS y Activos SAS, celebraron 2 contratos de trabajo en la modalidad de duración de la obra o labor determinada, con el fin de que el actor se desempeñara como trabajador en misión en favor de la Cruz Roja Colombiana, que tuvieron los siguientes extremos temporales, lo cual no fue objeto de reproche alguno:

No.	Vinculación con EST y cargo	Fecha inicial	Fecha final	Folios físicos
1	Nases EST SAS (Oficial de Proyectos)	17-feb-2018	31-ago-2018	43-45, 50-54, 258-260, 262, 265, CD f.º 61 archs. 1, 1.1, 2, 3
2	Activos SAS (Oficial de Proyectos)	1-sep-2018	31-ene-2019	55-57, 187-191, 196 CD f.º 61 archs. 4-6

Tampoco se discutió que las citadas empresas de servicios temporales celebraron sendos contratos comerciales con la Cruz Roja Colombiana para el suministro de trabajadores en misión, hecho que fue aceptado por las partes y consta en el material probatorio aportado, así:

Empresa contratista	n.º contrato	Fecha suscripción	Folios físicos
Nases EST SAS	GH-75-2017 y 2 otrosíes	1-marz-2017, 1-marz-2018 y 29-jun-2018	112, 121, 122, 128, 129, 240-257, 261, 285-294
Activos SAS	508-2018 y 1 otrosí	31-ago-2018 y 1-feb-2019	135-143, 149, 202-220

Revisado el objeto contractual de estos últimos documentos se puede verificar que se estableció que las contratistas se obligaron en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa a prestar un servicio de colaboración en la actividad de la Cruz Roja Colombiana, de carácter temporal a través de la contratación laboral de personal en misión para ejecutar actividades temporales de colaboración conforme con los arts. 77 de la Ley 50 de 1990 y 8º del Decreto 4369 de 2006 bajo subordinación delegada, que apoyaría el cumplimiento de proyectos desarrollados en todo el territorio nacional, de acuerdo con las necesidades de la contratante y los términos de referencia para efectos de realizar la invitación directa y privada de las EST contratistas que ofrecieran las mejores condiciones para el suministro de personal en misión a la Cruz Roja Colombiana, las cuales en este caso, fueron materializadas a través de la Oferta elevada por Nases EST SAS el 25 de enero de 2017 y del Acta de Comité de Compras n.º 089 suscrita por Activos SA el 1º de agosto de 2018, que se aprobaron en su momento, por la Junta Directiva Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

Aunado a ello, en el contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada que el demandante suscribió con Activos SA, se estableció que el demandante estaría asignado al centro de costo *SOC NAL DE LA CRUZ ROJA 17* y en el contrato de Nases EST SAS, se especificaron en detalle las obligaciones y funciones que debería evacuar en el mencionado cargo para el cual fue contratado por dicha compañía, al indicar que las funciones del cargo eran brindar apoyo temporal en las actividades de coordinación *junto con la dirección de cooperación y desarrollo, elaboración y firma de los acuerdos operativos seccionales y demás requisitos para la formalización del proyecto, velar por el efectivo cumplimiento del proyecto aprobado por el cooperante y ejecutado por la*

Cruz Roja Colombiana para la ejecución del proyecto, así como de los acuerdos operativos establecidos con las seccionales priorizadas, garantizar la implementación de proyecto en estricta coherencia con las políticas, principios y normas de seguridad definidas por la Cruz Roja Colombiana, gestionar y verificar la disponibilidad de los recursos necesarios /humano, financiero, de equipo, logístico, etc.) para la puesta en marcha del proyecto, diseñar, desarrollar y monitorear el plan operativo del proyecto, de acuerdo a lineamientos técnicos de riesgo, financieros y administrativos, previo análisis de contexto de implementación de la acción, las demás funciones que le asigne su superior inmediato acordes con la naturaleza del cargo».

En ambos contratos se estableció que la duración dependería de las necesidades de la usuaria, en forma temporal y condicionada a un incremento en las necesidades requeridas en el área administrativa, sin que implique que los contratos duren mientras los vínculos comerciales con la empresa usuaria están vigentes, dado que por múltiples circunstancias como disminución del personal requerido para manejar las obligaciones, cambio de perfiles, cambio de estructura en los cargos, finalización del programa, proyecto o circunstancias análogas puede definirse la terminación del vínculo contractual, evento que allí se estableció, se daría a conocer lo pertinente sin necesidad de preaviso ni clase alguna de indemnización

En cumplimiento del requerimiento efectuado por el *a quo* en audiencia del 7 de diciembre de 2021, la Cruz Roja Colombiana aportó un documento emitido por el Sistema de Contratación de Terceros Synergy en donde se encuentra publicada desde el 15 de enero de 2018, la solicitud de personal temporal y la contratación aprobada entre Nases EST SA y el personal del voluntariado, relacionada con el demandante como Oficial de Proyectos para la Dirección Nacional de voluntariado, en el Proyecto con la Cruz Roja Alemana denominado Fortalecimiento de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja en Perú, Ecuador y Colombia – Centro de Costos 180301 – línea o sub-centro n° 33301, conforme el proceso de selección realizado con base en las hojas de vida, pruebas de conocimiento y psicotécnicas, y entrevistas a 3 personas finalistas; desde esa aprobación se estableció que la contratación del demandante tendría una vigencia temporal entre el 17 de febrero de 2018 y el 31 de enero de 2019 (f.º 359 vto-361).

Según lo manifestado en la respuesta al requerimiento, a través de dicho sistema se ingresan los reportes de solicitudes de procesos y requerimientos que realizan las diferentes áreas entre sí con los terceros contratistas y por ello, Gestión Humana de la Cruz Roja utiliza a Synergy para las solicitudes de personal directo y del personal en misión, por lo tanto, los terceros contratistas como Nases EST SAS y Activos SAS cuentan con un usuario para ingresar al sistema y recibir los requerimientos de personal en misión, la vigencia del servicio y demás solicitudes relacionadas con los servicios contratados como EST; de manera que, desde el momento en que Activos SAS recibió la migración del personal en misión, luego de haberse desvinculado de Nases EST SAS, tenía conocimiento de la fecha hasta cuándo tenía vigencia la vinculación de tal personal en misión, lo cual también era de conocimiento de Nases EST SAS desde el principio (f.º 359 vto-361).

Se allegó además por parte de las empresas de servicios temporales aquí demandadas, el listado de las personas que, junto con el demandante les fue terminados sus contratos tanto el 31 de agosto de 2018 por parte de Nases EST SAS (120 personas – f.º 50, 51, 263-265), y por parte de Activos SAS entre el 2 y el 31 de enero de 2019 (25 personas – f.º 222-229).

En el correo electrónico a través del cual se le comunicó al demandante la terminación de su contrato de trabajo por parte de Nases EST SAS, se indicó que el finiquito de la relación se daría a partir del 31 de agosto de 2018 teniendo en cuenta que, a partir de esa data, dicha EST no seguirá siendo la administradora de los trabajadores en misión para la Cruz Roja Colombiana (f.º 50).

Como pruebas adicionales, se recaudaron las siguientes **declaraciones**:

En la audiencia celebrada el 7 de diciembre de 2021, se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante, quien admitió que sus empleadores fueron Nases EST SAS y Activos SAS con quienes suscribió contratos de obra o labor contratada para desempeñarse como trabajador en misión en la Cruz Roja Colombiana y quienes fueron los que decidieron dar por terminados los respectivos vínculos una vez finalizaron los vínculos comerciales que tenía con la Cruz Roja Colombiana; su labor fue la de coordinar el proyecto, cumplir los objetivos del mismo, recibir la información acerca de las necesidades presentadas en el voluntariado sobre la parte de talento humano, verificar la capacitación continua en el voluntariado para mejorar sus habilidades, hacer reuniones con

los voluntarios en diferentes seccionales, ciudades o municipios, ayudar a fortalecer el reglamento de voluntariado, legalizar el presupuesto de actividades, presentar informes de gestión y financieros tanto al jefe de oficina, como a las directivas; desde el principio sabía que la labor para la cual fue contratado dependía de la necesidad de la empresa usuaria; admitió que en la carta de terminación del contrato se le indicó que el motivo fue la extinción de la necesidad que en su momento existió en la Cruz Roja Colombiana: señaló que en cada país solo había una persona desempeñando el cargo de Oficial de Proyecto.

El Representante Legal de la Cruz Roja Colombiana, en su interrogatorio de parte explicó que esta sociedad en Colombia, determina en coordinación con la Cruz Roja Alemana, quien además de monitorear da la financiación, las actividades a realizar, ya sean humanitarias hacia la población o para el fortalecimiento de la propia institución, por ende, en el proyecto para el cual prestó servicios el demandante, se formularon desde el principio varias fases, con base en un acuerdo operativo de un proyecto general y dependiendo de las necesidades en cada uno de los 3 países (Perú, Ecuador y Colombia) frente a esas actividades y de los presupuestos que hay para cada fase y en cada sociedad nacional de la Cruz Roja en determinado país; desde el principio quedan establecidas también las seccionales y los actores involucrados en cada fase y en cada una de estas, se establece el cronograma, actividades y presupuesto, que incluso es distinto para cada una de las fases.

Explicó que ese tipo de actividades en esos proyectos como en el que se desempeñó el demandante, no son permanentes y como no hacen parte de la estructura, es necesario hacer la contratación respectiva a través de empresas temporales, por ende, es el área de Recursos Humanos quien hace el trámite para solicitar ese tipo de servicios por contratación de duración de la obra o labor, así que no existe un contrato directo con la Cruz Roja Colombiana, porque lo que se hace es notificar a las EST Nases y Activos cada vez que se requiere un determinado servicio y cuando ya no, para que ellas definan qué hacen con sus trabajadores de acuerdo con la identificación de funciones, perfil y obra puntual a desarrollar o si al finalizar la obra disponen la desvinculación, así que esas EST establecerán cómo lo harán y en ello no infiere la Cruz Roja, pues nunca da instrucciones de iniciar o terminar una vinculación, porque eso es potestativo de cada EST.

Indicó que el cargo desempeñado por el demandante para las específicas funciones que desarrolló solo se requirió en la primera fase del proyecto, posteriormente bajo otro presupuesto y otras actividades totalmente disímiles se abrió una nueva convocatoria no solo para ese cargo sino para otros, pero con otros requerimientos para poder desenvolver la segunda fase del proyecto, el cual se ejecutó en 3 fases independientes para cada uno de los años entre 2017 y 2020, pues se trató de actividades distintas en cada fase con planes de acción anuales, presupuestos y perfiles diferentes; aclaró que solo se planifica una fase, en cuanto se termina la anterior porque depende de la ejecución, progresos y resultados que arroje cada fase al finalizar, por ello no es posible planificar en forma única desde el inicio los 4 años subsiguientes. Señaló que en la segunda fase, el cargo de Oficial de Proyecto iba a ejecutar actividades de educación a través de una plataforma virtual que tiene la Cruz Roja Colombiana, para definir temas de liderazgo y ciclo de voluntariado, labores totalmente distintas a las desempeñadas por el demandante, quien debió coordinar los proyectos, planificar actividades de apoyo técnico en 3 seccionales de la Cruz Roja a nivel nacional y estar pendiente del desarrollo del proyecto.

De igual forma, se recibió la declaración de Leonardo Alvarado Robayo, quien presta sus servicios a Activos SA desde el 2 de noviembre de 2004, para esa data fungía como Director de Talento Humano y también desempeñó entre otros cargos el de Jefe de Recursos Humanos y siempre ha estado en el área de contratos en donde se hace todo el proceso de contratación; en tal virtud, tiene conocimiento de que el demandante se vinculó en forma directa con dicha compañía desde septiembre de 2018 hasta el 31 de enero de 2019, bajo la modalidad de contratación por la duración de la obra o labor para uno de los clientes de la compañía, esto es, la Cruz Roja Colombiana, respecto de quien le consta que solicitó el servicio para vincular al demandante para prestar sus servicios en misión en calidad de Oficial de Proyectos.

De esta manera informó, que desde el principio sabía qué labores iba a desempeñar, para qué empresa y de qué dependía su permanencia o que subsistiera su contrato laboral; fue Activos SAS quien le pagó siempre los salarios y demás acreencias laborales, incluso la liquidación final en forma directa al demandante y por ende, el personal adscrito a dicha empresa, era quien ejercía la subordinación y la delegaba en algunas ocasiones en la empresa usuaria para efectos de capacitar a los trabajadores en misión. Señaló que la empresa fue notificada a través de correo electrónico por parte de la Cruz Roja, que la obra

para la cual fue contratado el demandante había finiquitado debido a la disminución de la carga administrativa del incremento de personal, a través de la cual inicialmente se generó la necesidad de vincularlo, por esa razón se efectuaron los trámites pertinentes para su desvinculación, junto con un grupo de aproximadamente 25 personas, sin que le conste que, con posterioridad a esa data, la Cruz Roja hubiera requerido de nuevo a alguien para desempeñar el mismo cargo que tenía el actor o si el mismo existía en nómina de Activos SAS.

La testigo Mayra Alejandra Gallegos Rodríguez, señaló que trabajó con el demandante entre el 15 de julio y el 31 de diciembre de 2018, en calidad de Auxiliar de Voluntariado, estuvo vinculada inicialmente con Nases EST SAS y luego con Activos SAS, motivo por el cual tiene conocimiento que el cargo que desempeñó el demandante fue el de Coordinador de Proyecto de BMZ, para fortalecer las seccionales en la parte de voluntariado, así que él siempre estaba gestionando con las seccionales para hacer su trabajo de campo; sostuvo que ella en sus funciones no participó en el desarrollo del proyecto BMZ, pero le consta lo relatado porque trabajaba en la misma oficina que el demandante y 9 personas más; manifestó que le constó en forma directa que tanto al demandante como a ella los llamaron para hacer el cambio de los contratos con las mencionadas empresas de servicios temporales, y por esa razón sabe que al actor le dijeron que solo sería contratado hasta enero de 2019, dado que esas fechas de terminación se las informaron en cuanto suscribieron los nuevos contratos.

Rubi Edith Cotrino García, labora hace 26 años para la Cruz Roja Colombiana y ocupa el cargo de Coordinadora de Nómina hace aproximadamente 15 años, y en tal sentido revisa toda la facturación incluida la atinente a las EST, por ende le consta que el demandante estaba vinculado con una EST desde el año 2018 a enero de 2019; señaló que no vio directamente el contrato de trabajo del actor, pero sabe que todas las personas vinculadas a través de EST tienen un contrato por obra o labor determinada; no recuerda que en esa época la Cruz Roja tuviera un trabajador directo que ejerciera la función o el cargo de Evaluación de Proyectos; la Cruz Roja nunca fijó un salario para el demandante, porque eso lo hacen las EST, y ella de lo que se encargaba era de verificar que la facturación emitida por las EST estuviera correcta en cuanto al número de trabajadores en misión y las demás prebendas que les eran cobradas por ese personal, que para el año 2019 tal vez fueron unas 50 u 80 personas; nunca tuvo conocimiento de que la Cruz Roja hubiera girado dinero alguno por gastos de viaje; señaló que es usual que la Cruz Roja tenga vinculado personal a través de

EST porque debido a las donaciones que se hacen con una carga específica, se crean determinados proyectos durante unos tiempos, por ende, el demandante estaba vinculado al proyecto BMZ; para el año 2019 la Cruz Roja tuvo proyectos distintos a BMZ.

El testigo Jorge Enrique Taboada Álvarez, fue tachado por sospecha por parte de las demandadas, sin que el hecho de que tenga una demanda en contra de la Cruz Roja Colombiana, sea suficiente para tenerlo como interesado en este proceso (CSJ SL 13 jun. 2012 rad. 41198); y, de manera clara y transparente indicó las razones de la ciencia de su dicho al tenor de lo dispuesto en el art. 221 del CGP, frente a lo siguiente: manifestó que hizo parte de la Dirección de Voluntariado como Director Nacional de Voluntariado y luego como Líder de Voluntariado, contratado directamente con la Cruz Roja Colombiana desde el 1º de septiembre de 2017 hasta el 30 de mayo de 2019 con un contrato de trabajo a término fijo, por ello le consta que el demandante había sido vinculado con una EST (Nases o Activos) bajo un contrato por obra o labor, en calidad de Oficial de Proyectos para el fortalecimiento de las sociedades nacionales en temas de voluntariado, debido a la convocatoria abierta que se presentó para ese cargo a finales del año 2017, y entre las varias personas que se presentaron él fue seleccionado como tal a partir de enero de 2018 y duró desempeñándose en su labor, durante un año hasta finales de enero de 2019, lo cual fue tipificado en su contrato de obra o labor con una EST, debido a que la vinculación es para proyectos y cuando estos finalizan, también se acaban las contrataciones.

Informó que el proyecto BMZ, que es del Ministerio de Cooperación Económico del Gobierno Alemán, de la Cruz Roja Alemana, inicialmente se estableció para 3 años y en caso de que les fuera bien con el proyecto, podría prorrogarse por 10 años, dependiendo de los acuerdos de cooperación ya que era netamente para, por y con el voluntariado, aunado a que se debían rendir resultados e informes anuales y legalizar la entrega de los elementos y del presupuesto anual ante la Oficina de Cooperación y Desarrollo Internacional de Proyectos, dado que quien financiaba el proyecto era Alemania y dicha Oficina de Cooperación era quien supervisaba el proyecto de Colombia; que hubo 3 fases denominadas macro, meso y micro que se ejecutaba en forma articulada y al mismo tiempo en el marco de la prueba piloto que duraba 3 años, sin embargo, tiene entendido que Alemania enviaba las cosas por fases, sin que se pudiera modificar el presupuesto, dado que el único que podía hacer eso era el líder del proyecto que era un extranjero que vivía en uno de los 3 países; que las funciones

que desempeñó el demandante en la primera vigencia del proyecto era la operatividad del proyecto, liderar el proceso con 3 seccionales del país que fueron beneficiadas: Sucre, Risaralda y Guainía, lideró los encuentros que hubo a nivel internacional con la Cruz Roja de Ecuador y Perú, rendía informes mensuales y llevaba la trazabilidad del buen curso del proyecto, de lo que se gastaba y de lo que se entregaba; consideró que era necesario el cargo de Oficial de Proyectos durante esos iniciales 3 años; señaló que no tuvo conocimiento directo del motivo por el cual fue desvinculado el demandante, porque eso hace parte de los temas de contratación con empresas temporales; agregó que los fondos que hacían parte del proyecto eran girados a la empresa que contrató al demandante y esta a su vez, era quien le pagaba el salario, pero no sabe quién pagaba los viajes que efectuó y legalizó el demandante; informó que a través de las EST era que se hacía la contrastación de los Oficiales y Coordinadores de Proyecto, que son los que están en cada seccional, por ende, de esa forma estaba vinculado el demandante más los 3 Coordinadores de las otras seccionales.

Entonces el material probatorio reseñado nos permite arribar a las siguientes, conclusiones: **i)** la contratación del demandante tuvo por objeto atender la coordinación en las distintas seccionales del Proyecto de BMZ exclusivamente en su primera fase; **ii)** el actor ejecutó labores que no eran precisamente iguales a las que ocupaban los empleados de planta de la Cruz Roja; **iii)** el convocante laboró por término inferior al plazo máximo de duración dispuesto en las normas que regulan la materia, toda vez que se observa que la contratación con la empresa Nases EST SAS duró 6 meses y 2 semanas y con Activos SAS, 5 meses; **iv)** tanto Activos SAS como Nases EST SAS, eran quienes efectuaban los pagos de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social al demandante en cada uno de los contratos que se suscribieron entre las partes.

Aunque la Cruz Roja, suscribió los mencionados contratos de suministro de trabajadores en misión que tenían en apariencia el mismo objeto contractual, no se puede perder de vista dicha provisión de personal atendía a factores relacionados con el perfil, calidades, dependencias y ciudades donde se requirieran los servicios, en las distintas fases y según los presupuestos asignados para cada una de estas, conforme la financiación que anualmente giraba Alemania para el mencionado proyecto, tanto es así que se allegaron los listados de las múltiples personas que, junto con el demandante les fueron

terminados los vínculos laborales con las empresas de servicios temporales, una vez finiquitó la labor para la cual fueron contratados.

De manera que el tipo de labor que ejecutó el demandante, articularía y engranaría con aquellas actividades que pueden ser clasificadas como ocasionales, accidentales o transitorias. Máxime cuando fue demostrado que dicha vinculación la hizo la entidad demandada para atender el incremento de la prestación del servicio en las diferentes seccionales del país, por virtud del Proyecto denominado Fortalecimiento de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja en Perú, Ecuador y Colombia, surgido con ocasión del convenio celebrado con la Cruz Roja Alemana, quien financió todo el proyecto, pues se demostró que estaba pasando por un período que requería aumentar en forma temporal su fuerza de trabajo para atender un incremento de las variables operativas y administrativas antes mencionadas (CSJ SL16404-2014).

Basta lo dicho para desvirtuar las afirmaciones del demandante, pues las pruebas recaudadas conducen a concluir ciertamente que no era viable que fuera vinculado directamente con la Cruz Roja Colombiana, de ahí que no pueda dársele el tratamiento a las labores desarrolladas por el demandante, de necesidades de carácter permanente, como equivocadamente pareciera entenderlo el apelante, por ende, se deduce que en efecto se encontraban claramente definidas en el art. 77 de la Ley 50 de 1990.

Conforme con lo dicho, se **confirmará** la sentencia apelada, dado que no se superó la vigencia máxima de un año, con las 2 empresas de servicios temporales, por ende no se contrarió lo dispuesto en el art. 6º del Decreto 4369 de 2006, y no se observa que se haya hecho uso ilegal de la vinculación del actor en calidad de trabajador en misión y por ende, quienes fungieron como verdaderas empleadoras fueron las empresas temporales convocadas al juicio, sin que se demostrara que actuaron como simples intermediarias.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de abril de 2022, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose a los términos previstos en el Artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EpkMGCdy8rpAnEDZLYZmPLgBOuGlOzzm2PDWCTF2o_pVCQ?e=CdPvh2](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EpkMGCdy8rpAnEDZLYZmPLgBOuGlOzzm2PDWCTF2o_pVCQ?e=CdPvh2)

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **f053fc9eb1b7ed04118e7227354b7182dd5db0aa831248a178b5f2179858f06a**

Documento generado en 03/05/2023 10:04:04 AM

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 (040) 014 2019 00222 02
DEMANDANTE: DEYCY BEATRIZ LÓPEZ MUÑOZ
DEMANDADO: DIANA ESPERANZA SABOYÁ

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal del 6 de octubre de 2016 al 29 de julio de 2017, que fue terminado en forma unilateral y sin justa causa, dentro del cual se desempeñó como empleada del servicio doméstico; en consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías con su respectiva sanción por no pago, primas de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, aportes a seguridad social en pensión y salud teniendo en cuenta el salario realmente devengado, junto con las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, así como la indexación de las sumas debidas.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, la demandante manifestó que el 6 de octubre de 2016, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo verbal al servicio de la demanda, en la jornada comprendida de

lunes a viernes de 07:00 am a 06:00 pm y los sábados de 08:00 am a 04:00 pm; que se desempeñó como empleada de servicio doméstico; que el 29 de julio de 2017, la encartada dio por terminado el contrato con fundamento en que no contaba recursos para continuar pagándole; que el último salario devengado fue de \$800.000,00 mensuales, más \$5.000,00 diarios sobre los que no se efectuó pacto de exclusión salarial; que el 25 de agosto de 2017, la llamada a juicio expidió certificación laboral; que la afiliación al sistema de salud se efectuó por medio de una empresa denominada Publiservicios DC SAS; y, que la encartada adeuda las sumas reclamadas (págs. 8 a 17, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 24 de mayo de 2019, después de ser subsanada, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (págs. 26 a 27, arch. 1), quien dio respuesta con oposición a las pretensiones con fundamento en que resulta ser distinta la persona a quien se le presta un servicio, del contratante, de ese modo, aseguró que la gestora falta a la verdad, pues según se desprende del acta de conciliación n.º 651 RCC13 del 30 de octubre de 2017, su empleador es distinto de la llamada a juicio, ya que aquella fue contratada por Antonio Bojorge Bermúdez. En su defensa, formuló las excepciones que denominó inexistencia de la relación laboral entre la demandante y la demandada, temeridad, mala fe de la demandante, buena fe de la demandada, inexistencia de causa para pedir, prescripción, compensación, nulidad relativa, cosa juzgada, confianza legítima y pago (págs. 50 a 68, arch.1)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 23 de marzo de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo que estuvo vigente del 6 de octubre de 2016 al 29 de julio de 2017, devengando un salario mínimo legal mensual vigente; declaró parcialmente probada la excepción de cosa juzgada respecto del pago de prestaciones sociales e indemnización moratoria y no probada la de pago; condenó a la demandada a pagar \$294.512, por concepto de vacaciones; \$737.717 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y la indexación de las condenas; y,

a cancelar los aportes en seguridad social, pensiones y salud del 6 de octubre de 2016 al 29 de julio de 2017, a la administradora de pensiones y a la entidad promotora de salud en la que se encontraba afiliada la demandante o la que esta elija para efectos de pensión, tomando como base de cotización el SMLMV, previa expedición del cálculo actuarial respecto de los aportes a pensión.

En lo que interesa a la alzada, la juez de primer grado señaló que con la certificación laboral que databa del 25 de agosto de 2017, con lo expuesto en el interrogatorio de parte practicado a la demandada quien aceptó que fue ella quien contrató a la gestora y con la versión del testigo, quien dijo que su esposa (la demandada) era la que se entendía con la gestora, se podía desprender la existencia de la relación de trabajo en los términos solicitados, así como que la demandante devengaba el salario mínimo legal mensual vigente y recibía \$5.000 diarios a título de subsidio de transporte.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada estableció que respecto del acuerdo conciliatorio que obraba en el plenario existía identidad de objeto en cuanto a las prestaciones sociales y la indemnización moratoria y de causa al fundarse en los mismos hechos, así mismo, había identidad de partes porque Luis Antonio concilió aclarando que la contratante había sido su esposa, por lo que él hacía el pago en favor de un tercero.

Sobre los aportes a seguridad social, señaló que ante la omisión de la empleadora en su pago, le correspondía asumir además del porcentaje a su cargo, el que estaba en cabeza de la demandante y que no se tendrían en cuenta los que fueron efectuados por medio de Public Servicios al resultar un tercero ajeno al proceso.

Sobre la indexación, consideró que atendiendo a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el simple transcurso del tiempo, debía disponerse la misma respecto de las sumas condenadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** expresó su inconformidad respecto de la declaratoria de la excepción de cosa juzgada, con fundamento en que la conciliación solo surte efectos si es celebrada entre el empleador y el

trabajador, sin embargo, en el asunto bajo examen dicho acto se adelantó ante el inspector de trabajo con una persona totalmente distinta a la empleadora, que en este caso, era el esposo de la demandada y actuó en tales diligencias como representante legal de una sociedad y no como apoderado o en representación de la encartada, y además aceptó en la práctica de la prueba testimonial que no tenía la condición de patrono. De ese modo, argumentó que no se cumple la condición de identidad de las partes, para declarar probado dicho medio exceptivo.

De otro lado, mencionó que en el proceso no se probó que los \$5000 adicionales que se le pagaban a la trabajadora eran por concepto de subsidio de transporte, ya que no obra documento, ni prueba de confesión que respalde ese hecho, por lo que tal suma hacía parte del salario.

La parte **demandada** en la alzada expuso que la activa ocultó desde la demanda la celebración del acuerdo conciliatorio, del que no se deprecó su ineficacia, ni se alegó que estuviera viciado el consentimiento por error, fuerza o dolo. Que debe tenerse en cuenta que resultan excluyentes los pedimentos relacionados con la indemnización moratoria y la indexación, por lo que no se podía disponer el último concepto sobre las condenas dispuestas al haber quedado incluido el primero en la conciliación.

En cuanto a los aportes a seguridad social expuso que un porcentaje se encuentra en cabeza de la trabajadora y que además se probó que los aportes a salud se hicieron por medio de un tercero. Agregó que del acuerdo conciliatorio se desprende que el mismo incluyó la totalidad de lo debido, por lo que debe absolverse de todas las condenas, máxime cuando se estableció que el salario devengado era el mínimo legal mensual vigente. Que debe tenerse en cuenta que el testigo y la demandada eran esposos, por lo que como pareja tenían dentro de sus obligaciones conjuntas el pago del servicio doméstico, para lo cual, hizo mención a la sentencia CSJ SL4723-2019, por lo que ambos estaban llamados a responder, siendo patente la mala fe de la gestora al haber demandado únicamente a Diana Esperanza Saboyá con quien no se celebró la conciliación.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 12 de septiembre de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el artículo 13 de la Ley 2213 de la 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandante presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la alzada (arch. 5, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede desatar la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, conforme a lo cual, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si el acuerdo conciliatorio allegado constituye o no cosa juzgada total o parcial, respecto a las pretensiones del proceso, y en consecuencia, si deben revocarse las condenas proferidas, o modificarse para acceder a la totalidad de lo pretendido.

Cosa Juzgada prestaciones sociales e indemnizaciones. - Al respecto, es preciso memorar que El artículo 303 CGP, aplicable por remisión analógica del artículo 145 CPTSS dispone que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.”*

Sobre este fenómeno jurídico, la Corte Constitucional en sentencia C-774 de 2001 precisó que es *“una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas [...] es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad volver a entablar el mismo litigio [...] .*

A su vez, sobre la validez de la conciliación en materia laboral la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL4066-2021, coligió:

Cumple afirmar, así, que la conciliación es un mecanismo de autocomposición que, con la ayuda de un tercero componedor, busca resolver las controversias surgidas con ocasión de un conflicto suscitado que se origine en el contrato de trabajo (SL1982-2019). Ese conciliador por regla general es el juez o el inspector del trabajo y, a partir de las normas sobre descongestión judicial, se invistió también a particulares con ese propósito. Para que se deriven los mencionados efectos de cosa juzgada, tal como se dijo arriba, se requiere que la conciliación sea aprobada por autoridad competente, que no existan vicios en el consentimiento ni se violen normas de orden público y que se respeten los derechos mínimos e irrenunciables que no son susceptibles de conciliación.

Para resolver, es preciso indicar que no se rebate en el recurso por parte de la demandada, que entre aquella y la demandante existió un contrato de trabajo, en los términos declarados por la juez de primer grado con ocasión de la prestación personal de los servicios como empleada de servicio doméstico, no obstante, adujo que en este caso, debido a que el testigo Antonio Bojorge Bermúdez y la demandada eran esposos, como pareja tenía dentro de sus obligaciones conjuntas el pago del servicio doméstico, por lo que ambos estaban llamados a responder y en tal sentido había lugar a declarar la excepción de cosa juzgada de manera total y no parcial como se indicó en primera instancia. Última situación a la que se opuso la parte activa, con fundamento en que no se verifica el elemento de identidad de partes, para tener probado dicho medio exceptivo.

Descendiendo al análisis de las pruebas recaudadas, se observa que en el plenario milita certificación laboral expedida el 25 de agosto de 2017 por la llamada a juicio, en la que hizo constar que la gestora laboró en su casa como empleada de servicio doméstico (pág. 3, arch. 1) y constancia de Acuerdo n.º 651 del 30 de octubre de 2017, suscrito en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC113 del Ministerio de Trabajo, entre Deycy Beatriz López Muñoz y Antonio Bojorge Bermúdez, en la que se consignó en el objeto de la audiencia, como hechos relatados por la convocante que *“Ingresé a trabajar a la casa del señor LUIS ANTONIO BOJORGE BERMUDEZ ..., me desempeñaba en servicios varios y al cuidado de las 2 niñas. La señora me llamo (sic) un domingo por la tarde y me manifestó que no volviera más porque no tenía como pagarme”*; y, se dejó constancia de que éste expresó *“La liquidación que nosotros tenemos esta por \$905.911,00 pesos, quitando la indemnización que ella reclama, quiero aclarar que la señora DEYCI BEATRIZ LÓPEZ MUÑOZ trabajó en mi casa y no en la empresa, igualmente yo no la contraté fue mi*

esposa DIANA ESPERANZA SABOYA GORDILLO, nosotros la sacamos era porque no teníamos como pagarle, sin embargo le dijimos que se reintegrara pero ella no quiso” (pág 48 y 49, arch. 01).

Adicionalmente, se tiene que en el testimonio dado por Antonio Bojorge Bermúdez dijo que es esposo de la demandada, que la demandante trabajó en el apartamento en el que él vivía de 2016 a 2017; que la contratación de Deycy Beatriz López Muñoz la hizo la accionada; que la promotora del proceso lo vinculó al trámite del Ministerio de Trabajo porque él le dio una certificación en la que puso el NIT de la empresa que tenía en ese momento; que no sabe cuál fue el arreglo al que llegaron las partes sobre el salario, pero sabe que su esposa le pagaba a la trabajadora el mínimo, y le pedía a él que le dejara \$5.000 en la mesa para el transporte; y, que el retiro se dio porque ellos entraron en quiebra.

Por su parte, del interrogatorio de parte practicado a la demandada se desprende que cuando fue indagada sobre si conocía a la demandante admitió *“Era empleada, persona que me colaboraba en el apartamento”*; así mismo, dijo que había ingresado en octubre de 2016, que ella fue quien la contrató por medio de la agencia de empleos Domésticas de Colombia y que no entendía por qué la promotora del proceso tenía que *“demandar”* a su esposo Antonio Bojorge Bermúdez ante el Ministerio de Trabajo diciendo que él había sido el que la había contratado, sin embargo, *ella le había dicho a él que se hiciera presente a la diligencia porque no la dejaban ingresar a la misma.* Finalmente, admitió que le pagaba a la gestora el mínimo legal mensual vigente y \$5.000,00 que correspondían más o menos al subsidio de transporte mensual legal.

Situaciones en las que coincidió la demandante quien dijo que quien la contrató fue la demandada, ya que aquella la contactó por medio de una agencia, y le dijo que le pagaría lo de ley, que tendría que cocinar y cuidar a las 2 hijas, que aquella era la que le pagaba y que había convocado al testigo al Ministerio de Trabajo aduciendo que era su empleador, porque él le había dado una certificación con los datos de su empresa y le habían aconsejado citarlo a él, sin embargo, en la diligencia aquel había puesto de presente que no era quien la había contratado, no obstante, se celebró el acuerdo porque ella pensó que no tendría ningún problema.

Partiendo del recuento probatorio efectuado, debe indicar la Sala que a pesar de que en este juicio no es factible establecer responsabilidad alguna respecto de Antonio Bojorge Bermúdez, debido a que no asistió como parte en el proceso y a pesar de que Deycy Beatriz López Muñoz y Diana Esperanza Saboyá coinciden en que fungieron respectivamente, como trabajadora y empleadora, si se puede derivar del acuerdo conciliatorio y las declaraciones rendidas, que la prestación de los servicios también se dio en favor del testigo, ya que se verificó en su lugar de habitación, y por eso es válido entender que aquel actuó en representación suya y de su esposa para extinguir la obligación que les competía en condición de empleadores, y por tanto se configuró la identidad de partes, puesto que existiendo varios empleadores, el pago que efectúe uno de ellos, en este caso por conciliación, se extiende a los demás, y tiene vocación de extinguir la obligación.

También existe identidad de causa y objeto, al menos respecto de las prestaciones sociales y la indemnización y sanción por mora, en la medida en que sobre tales acreencias exclusivamente recayó el pedimento de la trabajadora en la diligencia celebrada ante el Ministerio del Trabajo, sin que puedan incluirse dentro del mismo las vacaciones, que no se enmarcan en el primer concepto, ni la indemnización por despido que tampoco puede ser incluida en los segundos.

También, se precisa que sobre los conceptos objeto de condena en efecto procedía la indexación dispuesta, pues se advierte que la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST, no cobija ni resarce la pérdida del poder adquisitivo de la moneda sobre los mismos, ya que únicamente abarca el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales.

En consecuencia, se confirmará lo resuelto sobre el particular en la primera instancia.

Carácter salarial de pagos.- Para resolver, se tiene que es materia de debate el carácter salarial de la suma de \$5.000 diarios que adujo haber recibido la demandante en vigencia del contrato de trabajo. Es así, que el artículo 127 del CST, modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, dispone que constituye salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación

directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que adopte”. De allí se sigue que «independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial” (CSJ SL12220-2017).

Se entiende como remuneración o contraprestación directa del servicio, aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador, en la labor ejecutada, que origina directamente, la contraprestación económica, en dinero o en especie.

Por su parte, el art. 128 del CST, prevé que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como bonificaciones o gratificaciones ocasionales, ni aquellos beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie. No obstante, dicha prerrogativa no autoriza para que se disponga que aquello que por esencia es salario, deje de serlo. Una cláusula contractual de esa naturaleza, indudablemente resulta ineficaz, pues no tiene la entidad suficiente para producir efectos frente a derechos irrenunciables (CSJ SL1798-2018).

De esa manera, es preciso memorar la postura sentada por la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, sobre los pagos que pueden considerarse como de mera liberalidad del empleador, en sentencias CSJ SL1405-2015 y CSJ SL8005-2014, ésta en la que la Alta Corporación expuso:

“Además de ello, en lo que concierne a la senda jurídica por la que se encamina el cargo, lo cierto es que, a tono con lo concluido por el Tribunal, esta Sala de la Corte ha sostenido que las prestaciones extralegales, que son pagadas por mera gracia del empleador, pues no encuentran consagración legal en el contrato de trabajo o en alguna otra fuente de obligaciones vinculante, como la convención colectiva, el laudo arbitral o el pacto colectivo, pueden ser revocados unilateralmente, pues la liberalidad nace de la autodeterminación y no puede ser impuesta.

Así por ejemplo, la Sala ha sostenido «...que el hecho de reconocer a un trabajador por mera liberalidad prestaciones, prerrogativas o beneficios extralegales que en principio no le corresponderían, no tienen la virtualidad de ser perennes, y por tanto pueden ser objeto de modificación o revocatoria unilateral por parte del empleador, al no estar

ubicados dentro del marco de los derechos de orden legal cuyo mínimo se debe respetar, ello siempre y cuando no se hayan constituido en una distinta fuente formal de derecho...» (CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36894).

Finalmente, vale la pena advertir que en este caso nunca operó la reducción del salario pactado de los demandantes, que debía contar indudablemente con su aceptación, sino la suspensión de unos pagos adicionales extralegales, que, como atrás se señaló, podían ser identificados como prestaciones revocables unilateralmente, debido a su falta de exigibilidad legal”.

Con lo anterior, es menester señalar que la prueba del pago de las sumas recibidas de manera diaria por la convocante se infiere de la testimonial practicada a Antonio Bojorge Bermúdez, en los términos explicados en precedencia, no obstante, también puede derivarse de su versión que dicho reconocimiento tenía como fin cubrir los gastos de transporte de la gestora, situación que se ratifica con lo afirmado por la promotora del proceso en la diligencia que se adelantó la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC113 del Ministerio de Trabajo, en la cual declaró *“La señora me llamó un domingo por la tarde y me manifestó que no volviera más porque no tenía como pagarme ellos me daban \$5.0000 mil pesos para el transporte (...)”* (págs. 48 a 49, arch. 1).

De esa manera, al no existir evidencia de la consagración del pago aludido en ningún instrumento y al constatarse que el mismo no tenía el propósito de retribuir directamente la labor de la gestora, es dable colegir que no es constitutivo de salario, y por ello, sobre el particular se mantendrá incólume la decisión de primer grado.

Aportes a seguridad social en salud y pensión. – No existe prueba en este asunto que permita establecer que Diana Esperanza Saboyá, en su condición de empleadora, afilió al sistema general de seguridad social en pensiones a la trabajadora durante la vigencia del vínculo, por lo que en efecto era procedente disponer condena por concepto del cálculo actuarial con destino al fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada la demandante, de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del párrafo 1º del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1887 de 1994.

Así mismo, se tiene que al amparo de lo normado en el art. 22 de la Ley 100 de 1993, ante tal omisión la encartada es responsable del pago de su

aporte y del aporte de la trabajadora a su servicio, por lo que no se acogerá el planteamiento que se hizo sobre ese tópico en la alzada por la llamada a juicio.

Ahora, en lo que a los aportes a seguridad social en salud concierne encuentra la Sala con la certificación expedida por la EPS Compensar (pág. 5, arch. 1) y la comunicación suscrita por el departamento de afiliaciones de la sociedad Publiservicios DC SAS identificada con NIT 900702470-6 (pág. 4, arch. 1), que por medio de esta última se realizaron las cotizaciones en favor de la trabajadora desde el ciclo de noviembre de 2016 hasta julio de 2017, con bases salariales inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

Sobre el pago del concepto estudiado, después de la terminación del contrato de trabajo, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1064-2018, reiterada en la decisión CSJ SL696-2021, rememoró: “(...) *esta sala de la Corte ha establecido que su pago resulta obligatorio, así no se hubiera disfrutado el servicio, debido al carácter contributivo del sistema, a la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como la del FOSYGA y a la posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema*”.

Así mismo, se advierte que el art. 8º del Decreto 2353 de 2015, “*En el Sistema General de Seguridad Social en Salud está prohibido realizar la afiliación individual o colectiva a través de relaciones laborales inexistentes o por entidades que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social. Esta conducta se tendrá como práctica no autorizada y será investigada y sancionada por las autoridades competentes*”; y, que sobre la validez de cotizaciones efectuadas de manera irregular, el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia CSJ SL 32135, 28 abr. 2009, reiterada en la decisión CSJ SL1745-2018, expuso las siguientes consideraciones, que *mutatis mutandis* se tornan aplicables al caso, así:

En suma, el Tribunal dio plena validez a las cotizaciones efectuadas por (...), en su calidad de empleado de la sociedad (...), así no hubiese existido la realidad de esa relación contractual de linaje laboral, en tanto que, conforme a su criterio, lo que importa es la afiliación y el pago de los aportes, ya que la afiliación del trabajador subordinado como la del independiente le permite a ambos acceder a la cobertura del sistema de seguridad social.

Así no lo hubiera proclamado abiertamente, para el juez de la alzada la circunstancia de que el causante no hubiese sido en verdad trabajador subordinado no priva de eficacia jurídica su afiliación y las cotizaciones pagadas, desde luego que habría que

tenerlas como correspondientes a un trabajador independiente, y, en consecuencia, con vocación legal para originar los beneficios de la seguridad social.

Esta posición jurídica no es compartida por la Corte, desde luego olvida que en Colombia el sistema general de pensiones es eminentemente contributivo, cuya fuente de financiación lo constituyen las cotizaciones a cargo de los sujetos obligados a su sostenimiento.

Pero es absolutamente claro que las obligaciones de tales sujetos deben ceñirse a los postulados de la buena fe, de suerte que se correspondan con la condición de que, real y verdaderamente tengan dentro de la trama estructural y coherente del sistema.

Ello significa que la afiliación debe ser consonante con la realidad, de modo que no puede quedar librada al talante de las personas escoger la calidad en que se vinculan, para a partir de esa elección sufragar sus cotizaciones.

En ese sentido, las prestaciones o beneficios que ofrece el sistema de pensiones parten de un supuesto inmodificable: la validez de la afiliación a los aportes. Es decir, el sistema sólo está obligado a reconocer y pagar tales prestaciones o beneficios a condición de que la inscripción y las cotizaciones sean jurídicamente válidas, en cuanto que se realizaron de conformidad con los reglamentos previamente consagrados en la ley.

Definitivamente, la inscripción al sistema y las obligaciones que se derivan para los afiliados y para las entidades gestadoras o administradoras han de estar acompañadas con la verdadera calidad jurídica que el afiliado tenga.

No resulta de recibo, en tanto desdice del rasgo esencialmente contributivo del sistema colombiano de pensiones y desconoce los dictados de la buena fe, la afiliación simulada o fraudulenta, esto es, aquella que se no compagina con la realidad y con la condición jurídica cierta que ostenta el afiliado.

De tal suerte que no es para nada indiferente que la afiliación no se corresponda con la realidad, como que una conducta engañosa o signada por la simulación y el fraude no puede atraer la protección legal a su autor, quien, por tanto, no puede hacerse merecedor de las prebendas que el sistema otorga.

Con eso, estima esta Corporación que las cotizaciones referidas no surtieron efecto legal, ni pueden ser consideradas como válidas, máxime cuando son deficitarias, por lo que se confirmará la condena impuesta en primera instancia.

Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 23 de marzo de 2022, por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo motivado.

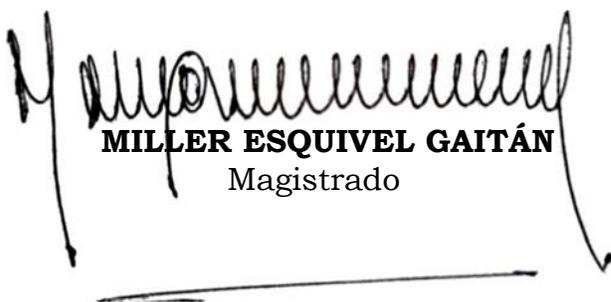
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo expediente digital: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ejqu42L-UXxFnLWOR3_RSikB0_dzJuWk11taOLFn2Ya1lQ?e=MOcVxY

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **50bcb0efaef719a7424f53cd1f1feb7e13754b81b71ae453a6c2cd369279762a**

Documento generado en 03/05/2023 09:56:31 AM

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