



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 **004 2020 00130 01**
DEMANDANTE: HUGO ALBERTO MORA ESCOBAR
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.
LITIS CONSORTE: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍA PROTECCIÓN SA

Bogotá DC, treinta (30) de mayo 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que existió un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con Porvenir SA, al haberse ocultado información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de afiliación, específicamente al no haberse informado que el valor de la mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en Colpensiones, en consecuencia, se declare ineficaz el traslado de régimen pensional y que está válidamente afiliado al RPM. En ese orden, que se condene a la AFP Porvenir SA a trasladar todos los aportes cotizados en el RAIS y a Colpensiones a recibirlos.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 10 de enero de 1960; que cotizó al régimen de prima media desde el 7 de julio de 1991 hasta el 30 de junio del año 2000; que el 19 de julio del año 2000, se trasladó a Porvenir SA debido a que los asesores le informaron que se pensionaría con un monto mayor al que tendría derecho en el ISS y accedería a la prestación a una edad más temprana; y, que elevó reclamo ante las demandadas (págs. 3 a 23, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 7 de diciembre de 2020, después de ser subsanada, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 5). Mediante auto del 8 de noviembre de 2021, se declaró probada la excepción previa de falta de integración del contradictorio, propuesta por Porvenir SA y se ordenó la vinculación de la AFP Protección (arch. 21).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de ellas; formuló en su defensa las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (pág. 2 a 36, arch. 8).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 2 a 21, arch. 9).

Protección contestó oponiéndose a las pretensiones relativas a la declaratoria de ineficacia de traslado, e invocó en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos

públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (págs. 3 a 20, arch. 22).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (págs. 4 a 5, arch. 7).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 12 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de Hugo Alberto Mora Escobar a la AFP Protección SA, suscrita en noviembre de 1995; y, que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, condenó a la AFP Protección SA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el período en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse, estableciendo que los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

A su vez, condenó a la AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, con cargo al propio patrimonio de la referida entidad, por el período en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora.

Y finalmente le ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que, una vez se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

En síntesis, consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen del demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada al demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS, resultando insuficiente el formulario de afiliación, ya que debió informarse cómo se construye el derecho pensional en cada uno de los regímenes pensionales, cuáles son las ventajas y desventajas de cada uno de ellos y elaborarse una proyección de la probable mesada pensional para efectos de poder establecer realmente si hubo una asesoría suficiente, oportuna y veraz, así como debió dejarse constancia de esa situación. Finalmente coligió que el pedimento analizado no está sometido al término trienal de prescripción, en tratándose de un asunto estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional, que aún no se ha causado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoque la sentencia con fundamento en que al demandante también le asistía el deber de estar informado y de asegurarse sobre los servicios que estaba contratando, así como el de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones de cada régimen pensional y de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias para tomar una decisión informada. Agregó que ese fondo siempre ha cumplido con el deber de información el cual se demostró, contrario a lo colegido por el *a quo*, con las documentales que estaban en su poder y se arrimaron al proceso; y, que la suscripción del formulario fue producto de una decisión libre y espontánea, de acuerdo con lo previsto en el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, lo que se ratifica con la permanencia del gestor en el RAIS, que denota la intención de pertenecer a ese régimen.

Sobre la indexación expuso que la misma es improcedente de acuerdo

con lo mencionado en las sentencias C-061-10 y CSJ SL9316-2016, ya que dentro de las obligaciones de las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual, resultando incompatibles ambos conceptos.

Colpensiones apeló la sentencia proferida y expuso que al ser ese ente un tercero, no puede verse ni favorecido ni afectado con las resultas del proceso, de acuerdo con el principio de relatividad jurídica, ya que fue la AFP privada la que faltó a su deber profesional y legal de brindar información al afiliado. Agregó que de prosperar la condena, se condene a las AFP a pagarle los perjuicios económicos ocasionados, en virtud de la teoría del daño del derecho civil.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en 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. 4, C002).

La parte demandante y Porvenir SA presentaron alegaciones, la primera solicitando que se confirme la decisión de primer grado y la segunda reiterando los argumentos expuestos en la contestación y en la alzada (arch. 6 y 8, 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, 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 nació el 10 de enero de 1960 (pág. 25, arch. 1); **ii)** cotizó al RPM a través de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca desde el 17 de julio de 1991 hasta el 30 de junio de 1995 (pág. 36, arch. 1) y del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 1º de enero de 1995 hasta el 31 de octubre de ese año, un total de 41,57 semanas (pág. 28, arch. 1); y, **iii)** se trasladó al régimen de

ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy Protección, el 12 de octubre de 1995 (pág. 29, arch. 22), y finalmente a Porvenir SA el 19 de julio del año 2000 (pág. 72, arch. 8), AFP en la que se encuentra afiliado en la actualidad.

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 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 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, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena, hoy Protección, desde el 12 de octubre de 1995 y se trasladó finalmente a Porvenir SA en la que se encuentra actualmente afiliada, 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, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna 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 Protección (antes Colmena), 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 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, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 12 de octubre de 1995, con su afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección SA.

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 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, como lo ordenó el *a quo*, por lo que se **confirmará** la decisión, precisando que, salvo los aportes y sus rendimientos, los demás conceptos cuya devolución fue ordenada, serán con cargo a los recursos de las AFP.

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 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.

Finalmente, en torno a los perjuicios que reclama Colpensiones a cargo de las codemandadas, que se hubieran generado con la falta al deber legal de información en que incurrió dicho fondo, se advierte que tal situación 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 ello 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 alzada, ante su no causación.

¹ CSJ SL1688-2019.

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: PRECISAR respecto a los numerales **segundo y tercero** de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022, por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá DC, que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente detallado, conforme a 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 deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose 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

(en uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EohGy7Z9BaFPqSyA3FcHy2UBHMiQb8AF2W1qRKDoW0g3tw?e=Vkyc8e

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: **1be58f5809c7041b4c14d2f0211740b52db76c23aefde6450d440b2c9bf33056**

Documento generado en 30/05/2023 11:23:58 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 05 004 2021 00240 01
DEMANDANTE:	NORMA CONSTANZA O'MEARA TOVAR
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá DC, treinta (30) de mayo 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 los recursos de apelación interpuestos por la demandante y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de la afiliación al Régime de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 21 de agosto de 2000, que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, que se ordene a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación, más los gastos de administración debidamente indexados, por el periodo en que permaneció afiliada a esa administradora; se ordene a Colpensiones recibirla en el RPMPD con la totalidad de los ahorros trasladados

por Colfondos y actualizar su historia laboral, con el fin de garantizar su derecho pensional (págs. 4,5 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al RPMPD desde junio de 1988 hasta septiembre de 2000; el 21 de agosto de 2000 se afilió al RAIS administrado por Colfondos SA en donde ha efectuado cotizaciones desde octubre de esa anualidad a la fecha de presentación de la demanda; sin embargo, antes de su afiliación, Colfondos no le suministró información clara, suficiente veraz y oportuna sobre las implicaciones, riesgos, efectos, ventajas y desventajas de dicho cambio para su situación particular, ni le informó cuáles eran las características de ambos regímenes, ni cuáles eran las condiciones específicas para obtener la pensión de vejez en ambos regímenes, la distribución de las cotizaciones; tampoco le informó que su mesada pensional dependería del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual, de su expectativa de vida, y la de sus posibles beneficiarios, de la rentabilidad del fondo, así como la edad al momento de la solicitud de la prestación, ni que una de las formas de obtener una pensión más alta que la que se causaría en el RPMPD, era a través de cotizaciones voluntarias, ni las diferentes alternativas de pensión que ofrece el RAIS, la proyección del monto ni que esta sería inferior a la del RPMPD; el 5 de abril de 2021, elevó reclamación administrativa ante Colpensiones (págs. 5-7 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 3 de septiembre de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 3 C01), quienes dieron respuesta en término.

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, y prescripción (pág. 1-20 archs. 5, 13 *idem*).

Colfondos SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor a Colfondos, prescripción, compensación y pago (págs. 1-19 archs. 6, 13 C01).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (págs. 3, 4 arch. 14, arch. 15 *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 30 de agosto de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a Colfondos SA suscrita 21 de agosto de 2000 y por tanto, para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó y siempre permaneció en el RPMPD; en consecuencia, condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden; señaló que los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. A su vez, ordenó a Colpensiones aceptar sin dilación alguna el traslado de la demandante al RPMPD junto con sus correspondientes aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer costas a las partes.

Consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen de la demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP, sin embargo, no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS, por ende, todo debe regresar a su estado inicial; señaló que la ineficacia del traslado no se convalida o se ratifica por la firma del formulario de afiliación ni por el paso del tiempo en el RAIS, tampoco está sometida al término trienal de

prescripción, en tratándose de un asunto estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional, que aún no se ha causado (archs. 22, 23 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** solicitó la imposición de costas a las demandadas, porque no se cumplió la carga por parte del despacho de motivar esa exoneración, aunado a que con las contestaciones a la demanda se verifica que sí hubo una oposición a las pretensiones y por tanto, ha incurrido en gastos propios de un proceso judicial, así que debe hacerse un reconocimiento en tal sentido.

Colpensiones señaló que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando, sin que se le pueda considerar como la parte débil en el presente proceso, por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera. Colpensiones siempre actuó de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la aquí demandante se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal del lit. e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 2º de la Ley 797 del 2003, porque como entidad del Estado, no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad puesto que la Constitución Política así lo señala.

Agregó que con la decisión se afecta el principio de sostenibilidad financiera de la entidad y se pone en peligro el derecho a la Seguridad Social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado, aunado a que ello permite que aquellos que por buscar otros beneficios que ofrece el RAIS, al momento de darse cuenta que no podrán acceder a sus beneficios, como lo hizo la demandante, resulten beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados que siempre han permanecido en el RPMPD.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023 se admitieron los recursos interpuestos 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).

La demandante y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia, en las que insistieron en sus argumentos expuestos tanto en la demanda, contestación y recursos (archs. 5-9 C02). Colfondos SA guardó silencio.

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, 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. Finalmente se verificará la viabilidad de la imposición de costas a las demandadas.

No fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 2 de mayo de 1965 (pág. 94 arch. 1, 4.8 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 1º de abril de 1997 y el 30 de septiembre de 2000 un total de 89.43 semanas (carp. 5.1); **iii)** el 21 de agosto de 2000 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos (pág. 106 arch. 1), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1086.29 semanas, conforme el reporte de días acreditados a 29 de marzo de 2021 (págs. 107-125 arch. 1 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 desvirtuarse 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, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP **Colfondos SA**, el 21 de agosto de 2000, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación n.º 7544010 (pág. 106 arch. 1 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, 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 Colfondos 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 la *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 21 de agosto de 2000 con su afiliación a la AFP Colfondos (pág. 106 arch. 1 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, como lo ordenó el *a quo*, por lo que se **confirmará** la decisión, precisando que, salvo los aportes y sus rendimientos, los demás conceptos cuya devolución fue ordenada, serán con cargo a los recursos de la AFP.

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.

¹ CSJ SL1688-2019.

Finalmente, en cuanto a la condena en **costas** objeto de la apelación de la demandante, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que debió disponerse tal rubro frente a Colfondos, no a Colpensiones, en la medida en que dicha entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que la Sala mayoritaria considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo del fondo privado de pensiones, que con su omisión da lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, hoy Colpensiones, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esa la única razón por la que se le vincula de manera necesaria al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga a lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal.

Por lo que sobre el particular se **revocará parcialmente** el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar condenar en costas de primera instancia a Colfondos SA, según las agencias en derecho que en su momento procesal pertinente fije el *a quo*.

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: PRECISAR respecto al numeral **segundo** de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá DC, que **Colfondos SA Pensiones y Cesantías**, deberá devolver debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente detallado, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a la condena en costas procesales a cargo de Colpensiones, para en su lugar, **CONDENAR** a Colfondos SA al pago de este rubro, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión y conforme las agencias en derecho que en el momento procesal pertinente fije el *a quo*.

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

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

QUINTO: 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

(en uso de permiso)

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/E1049RFDWdBBjCxl2LWcqOUBT50gyWdUpisxLElr2T0XtQ?e=tkT5vN

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: **acd58b52b560e58977be9a4ed83c612099f56cd25bfd591c4b98e9868146e6ad**

Documento generado en 30/05/2023 11:24:00 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 **015 2020 00342** 01
DEMANDANTE: HÉCTOR FABIO OSPINA HERNÁNDEZ
DEMANDADA: JORGE VALENCIA CUESTA & CÍA SAS - JVC

Bogotá DC, treinta (30) de mayo 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia absolutoria proferida el 28 de marzo de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que es contratista de la empresa demandada; en consecuencia, se condene a esta última a pagarle \$18.404.337 por concepto de obras realizadas entre el 5 de diciembre de 2018 y el 19 de septiembre de 2019, junto con el pago de intereses moratorios a la tasa legal más alta desde el 20 de septiembre de 2019 hasta que se efectúe el pago de lo adeudado (págs. 1, 2 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que prestó servicios como contratista de la demandada en el período reseñado, dentro del cual instaló pisos de vinilo para los contenedores de la empresa Ectricol, por lo que el 19 de diciembre de 2019 radicó cuenta de cobro ante la compañía demandada por la suma respecto de la cual se pretende el pago que corresponder al saldo adeudado, sin que a la fecha de presentación de la demanda se hubiera

obtenido el pago a pesar de haber requerido a la demandada para al efecto (págs. 3 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación la demanda se admitió el 18 de junio de 2021, ordenando su notificación y traslado a la demandada (arch. 17 C01), quien presentó oposición a lo pretendido con el argumento de que el demandante prestó servicios en forma esporádica durante el período mencionado, algunas veces realizó encargos a la empresa Ectricol; presentó cuenta de cobro por \$18.404.337, sin embargo tal suma fue pagada en forma anticipada por las labores contratadas, aunado a que en dicha cuenta de cobro se está incrementando el metraje de lo contratado y realmente realizado, por esta razón le está generando saldos que no son acordes a la realidad, incluso existe un saldo en favor de la empresa, y en algunos de los trabajos realizados por el demandante la empresa contratista no recibió el trabajo, haciendo efectiva la garantía, trabajo que fue necesario repetir sin que se le descontara ello del pago al demandante. En su defensa propuso como excepciones las de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y prescripción (pág. 1-10 archs. 19, 24 *idem*).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 28 de marzo de 2022, profirió sentencia en la que declaró demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por la demandada a quien absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que nadie puede constituir su propia prueba como lo es la cuenta de cobro que elaboró el demandante en compañía de su hija Jessenia, base de la presunta deuda, sin que hubiera corrido con la carga probatoria necesaria para acreditar en forma idónea que desarrolló las actividades de las cuales se obtiene la diferencia que aparentemente la demandada le adeudaba y que se trata de la suma de dinero aquí reclamada, que contrario a lo indicado por la parte actora, no es un derecho cierto e indiscutible (archs. 30, 31 C01).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022 se admitió el grado jurisdiccional de consulta; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, pero guardaron silencio (arch. 04 C02).

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en el art. 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si al demandante se le adeuda algún monto por concepto de honorarios.

No se controvierte que el demandante prestó los servicios técnicos de instalador de pisos de vinilo a la sociedad demandada, en el período comprendido entre el 5 de diciembre de 2018 y el 19 de septiembre de 2019, dado que las partes así lo aceptaron en la demanda y su contestación, incluso los declarantes así lo refirieron; por tanto, queda por establecer si existen saldos insolutos a favor del demandante, por concepto de esas obras de instalación de pisos adelantadas.

Al efecto la Sala estudiará el caudal probatorio allegado, y para ello conviene precisar que realizando el análisis de las pruebas recaudadas, según los arts. 60 y 61 del CPTSS, el juez está facultado para dar más credibilidad a unos medios probatorios que a otros, concretamente, en aquellos casos en que respecto de una misma situación, exista un número plural de pruebas que se contraponen, es decir, que ante eventualidades que sean contradictorias, el juzgador está habilitado para formar libremente su convencimiento con aquellas que lo persuadan más sobre cuál es la verdad real, y no simplemente formal que resulte del mismo, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio, y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo, en pro de fundar sus decisiones en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente, o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo decidido, la existencia de deficiencias en la apreciación probatoria, o la violación de un derecho fundamental (CSJ SL8949-2017).

En el presente proceso, el demandante pretendió acreditar las afirmaciones hechas en su demanda con la cuenta de cobro que remitió por correo certificado a la empresa demandada el 29 de septiembre de 2020, mediante la cual le cobró un saldo pendiente a su favor de \$18.404.337 por concepto de las obras realizadas entre el 5 de diciembre de 2018 y el 19 de septiembre de 2019, que con detalle totalizó en \$40.159.720, valor al que le hizo deducciones por transferencias realizadas hasta agosto de 2019, pago de parafiscales de octubre de 2019, la retención en la fuente y el Rete-ICA. En dicha cuenta de cobro se encuentran incluidos pantallazos ilegibles de unas notas manuscritas provenientes de un cuaderno argollado y unas fotos en blanco y negro de lugares en los que aparentemente desarrolló las obras de instalación desglosadas por fechas y como última obra señaló una instalación efectuada el 19 de septiembre de 2019 en Ectricol Tunal (págs. 8-21 arch. 2).

También allegó 2 declaraciones, empero observa la Sala que el testigo Jorge Eliécer Bonilla, no brindó mayor información acerca del pacto que pudo haber existido entre el demandante y la empresa demandada como contratante, porque si bien indicó que conoce hace muchos años al demandante dado que instala pisos con él y es su ayudante para pegar pisos, lo cierto es que dijo que trabajó con él en la empresa demandada durante 3 años para hacer varios servicios en Ectricol para instalar pisos en áreas de 30 o 50 mts con contenedores que tenían 10, 12 o 15 de material, pero no señaló las fechas aproximadas en que ello ocurrió; además informó que no tenía conocimiento de cuáles fueron los negocios que existían entre el demandante y el señor Jorge Valencia dueño de la empresa demandada, y solo Héctor le pagaba por día trabajado cuando recibía dinero de esa empresa, la cual, según su dicho le daba anticipos antes de iniciar la obra y cuando se terminaba la misma; que *su patrón* le contaba que arreglaba cuentas con el señor Jorge Valencia y que este le consignaba en un banco luego de obtener el visto bueno del sitio en donde hacían la instalación; indicó que era el demandante quien le contaba que la empresa le tenía unos saldos pendientes por pagar, que le debían \$18.000.000 y que cuando se los pagaran le daba el dinero adeudado por su ayuda como obrero, pero no le consta en forma directa que él hubiera cobrado esos valores a la empresa demandada, ni por qué concepto es el valor adeudado.

La misma situación sucede con Jessenia Marcela Ospina Alvarado, hija del demandante por cuanto declaró que su papá le contaba acerca de todos los trabajos que le hacía al señor Jorge Valencia, y por esa razón ella fue quien le

ayudó a hacer la reseñada cuenta de cobro sobre lo que se le quedó debiendo a su padre por varias obras en Bogotá y fuera de la ciudad, así como un derecho de petición con base en la información que él registró junto con la Contadora de la empresa en el cuaderno que él llevaba con las fechas, los metrajes, mano de obra, anticipos, saldos pendientes y cancelaciones a través de banco o por Paga Todo, las conversaciones por whatsapp que hubo entre su padre y Jorge Valencia y las fotografías que él tenía como registro de las obras, para que el señor Jorge le pagara lo que le debía; sin embargo, afirmó que no le consta en forma directa cómo fueron los arreglos que existieron entre su padre y la empresa o la Contadora en cuanto a los metrajes a instalar, sino únicamente tiene conocimiento de que debía instalar pisos en determinados sitios, porque el demandante se lo contaba, quien nunca le especificaba la cantidad de metraje y luego ella, la testigo, solo vio un archivo en Excel que envió por correo electrónico la Contadora en respuesta al mencionado derecho de petición, pero tampoco tuvo conocimiento directo de las fechas en las que la empresa demandada le consignaba a su padre.

Por su parte, la demandada aportó un documento dirigido al demandante con copia a su hija aquí declarante, mediante el cual le dio respuesta a la reseñada cuenta de cobro, explicando todo el proceso de contratación que se surtió entre la compañía y el demandante, frente a cada obra desarrollada, las tarifas pactadas por metro cuadrado instalado, que resultan ser distintas a las relacionadas en la cuenta de cobro, los modos de pago convenidos, para finalmente señalar que debido a que los avances de dinero dados por la compañía al demandante, superan los montos inicialmente contratados adicionando viáticos de alimentación, transporte y hospedaje por servicios realizados fuera y dentro de Bogotá para comodidad del contratista, considera la empresa que no le adeuda nada, pues incluso tuvo que asumir de su patrimonio los costos por reclamos realizados por los clientes, a quienes el demandante les instaló materiales en forma inadecuada y que por tales motivos dejaron de estar dentro de la lista de clientes de la compañía (págs. 15-22 arch. 19).

En las páginas 23, 24, 31 a 46 de los archivos 19 y 22 obra: *i) un correo electrónico enviado con los respectivos soportes el 2 de septiembre de 2019 por Industrias Ectricol a Jorge Valencia en el que se le efectúa un reclamo por desviaciones en la instalación del tapete al único equipo instalado en su totalidad (IE-17365) que se repiten en la nueva instalación efectuada con ocasión de la garantía solicitada el 30 de agosto de 2019, por lo que no se recibe a conformidad*

el tapete instalado con solicitud de nota crédito por reposición del tapete; ii) acta de reunión del 30 de septiembre de 2019 con membrete de Ectricol, firmada por 6 personas de esta última empresa y 3 personas como representantes de la firma Jorge Valencia Cuesta, dentro los cuales se encuentra el demandante y Johan López como instaladores del tapete OT 7893 OXY, y Jorge Valencia como Gerente; de este documento se desprende una nueva reclamación de garantía por parte de Ectricol a la firma Jorge Valencia Cuesta por mala instalación del producto y defectos de calidad a pesar de que ya se había reinstalado el mencionado tapete, por tanto ante la falta de tiempo para terminar la nueva instalación Ectricol tomó la decisión de desistir de los trabajos realizados por la empresa aquí demandada y contratar otro proveedor.

Para corroborar lo informado en la respuesta de la cuenta de cobro y el mencionado reclamo elevado por el cliente Ectricol, la demandada solicitó la declaración de Alexandra Rojas, quien trabaja para la empresa desde el año 2012, duró un tiempo en el área de contabilidad y para la data en la que rindió su declaración era la Contadora a cargo de la Dirección Contable de la empresa, y bajo ese rango en la compañía explicó que le consta en forma directa que las ventas relacionadas con la construcción y la aplicación del mástico no son constantes, por ende son muy pocas las facturas que se hacen por dicho concepto y metrajes a determinados clientes porque no se manejan cantidades, pero cuando la compañía hacía un trabajo, el demandante decía cuánto tenían que cobrar a través de una cotización, así que la empresa con base en ello le envía la propuesta al cliente final para garantizarle determinado precio, haciendo el incremento de lo que la empresa cobra como tal que resulta ser la ganancia de la compañía, sobre lo que el demandante facturaba por la mano de obra, quien tenía un cuaderno en donde apuntaba sus trabajos de las distintas obras que hacía, incluso para Suministros Ectricol, que lo llevaba a la oficina para que entre ambos hicieran cuentas.

Señaló la testigo que en ese cuaderno, ella le anotó con su puño y letra y le mostró directamente cómo se le efectuaron los pagos porque la empresa demandada le hacía transferencias y pagos tanto en efectivo como a través de Servientrega – Efecty, momento en el que ambos conciliaron las cuentas tanto con los comprobantes de pago firmados por él como con la información otorgada por los bancos de él y de la empresa para verificar los dineros egresados e ingresados, aunado a que en algunas ocasiones se le efectuaban pagos antes de que iniciara las obras y durante las mismas se hacían muchos abonos y al final

de las obras, se hacía la liquidación y por ende, al final del mes, el demandante ya no tenía mucho dinero a su favor, lo que ella le consignaba en el cuaderno a mano alzada con fechas, valores y forma de cómo se realizó el pago, incluso afirmó que al finalizar todo, le quedó un saldo a favor de la empresa de aproximadamente \$500.000 que le había pagado de más al demandante; sin embargo, luego de ello el demandante le llevó otra parte del mismo cuaderno que no era igual a lo inicialmente conciliado entre ambos porque anexaba más actividades y por tanto, las cuentas no cuadraban por ningún lado con lo que inicialmente se había pactado.

Informó que posteriormente la hija del demandante les envió un requerimiento sobre lo que se le debía a su señor padre, por lo que la testigo revisó nuevamente las cuentas y constató con el proveedor, pero encontró que no era posible que se hubieran realizado esas obras descritas en la cuenta de cobro porque el proveedor nunca facturó materiales adicionales a la compañía y tampoco había un cliente para facturarle a su vez por parte de la empresa demandada ese servicio añadido, quien además a través suyo volvió a verificar con los clientes para ver si se les había efectuado alguna obra que por error no se hubiera facturado y ello no ocurrió, todo siempre quedó facturado con base en las órdenes de compra efectuadas; aunado a que no era posible que el demandante luego de terminada una obra dijera que iba a cobrar más por un trabajo ya hecho, porque desde el principio había cotizado un servicio o determinado producto y sobre esa cotización se le había cobrado al cliente final, quien respecto de ese valor había efectuado una orden de compra para asegurar el servicio; en todo caso, para cobrar más o para *echar una mano adicional* a las que dijo que en principio se necesitarían, el demandante debía pedir autorización a la empresa y no lo hizo luego de revisar él mismo las obras que él había terminado, además, la empresa no tenía cómo confirmar *cuántas manos* de producto había aplicado el actor al instalar los pisos, respecto de lo cual, manifestó la testigo que sí era posible que el demandante pidiera ese tipo de autorizaciones o informara a la empresa que se necesitaba más producto, pero nunca lo hizo para poderle facturar de más al cliente final, de hecho en algunas pocas ocasiones se hicieron modificaciones respecto de lo que se había contratado inicialmente conforme la auditoria de determinado cliente.

Informó que debido a que maneja la parte contable, le consta que el demandante siempre que terminaba una obra, empezaba otra, siempre era contratado verbalmente por el señor Jorge Valencia y previo a ello, el demandante

revisaba el lugar y tomaba la medida del metraje en donde debía prestar el servicio para poderles hacer la cotización con base en lo que él necesita para ese trabajo y así contratarlo por parte de la empresa demandada; por lo que luego a ella le decían por ejemplo, que él ya había ejecutado 3 contratos para que procediera a liquidarlos, incluso hubo momentos en los que se le juntaron varios contratos y por ello, le consta que se le daba distintos anticipos para cada uno al mismo tiempo y luego se sentaban con el demandante a conciliar las cuentas de lo que se le había abonado.

Indicó que era ilógico que si la empresa le entregaba al demandante 5 metros de mástico, él dijera posteriormente que había instalado 7 metros, porque era la empresa quien le entregaba el material con base en lo que les había vendido el respectivo proveedor, que es de donde sale directamente el material para el sitio en donde se debe instalar dado que la compañía no guarda material, incluso si el demandante decía que necesitaba por ejemplo 14.5 mts de material, se compraban 15 mts y se le entregaban los 15 mts por si existía algún desfase en las medidas, lo cual señaló, le fue explicado ampliamente al demandante con facturas en mano en el momento en el que ambos conciliaron las cuentas, por tanto, el metraje que facturaba el proveedor, era el mismo que se le facturaba por parte de la empresa al cliente final en donde se instalaba el producto, quien además, luego de terminada la obra les firmaba un acta junto con el señor Jorge Valencia, para darles el visto bueno y el recibido del trabajo a la empresa demandada, así luego cobrarle el servicio. Agregó que hubo unas obras ejecutadas por el demandante que quedaron mal instaladas, y como la compañía ofrece una garantía por el servicio, la empresa tuvo que correr con los gastos de esas garantías que no se le podían cobrar por adicional al cliente, y sin que se le hubiera efectuado descuento alguno al demandante por el material o la mano de obra usados de más.

Frente a lo relatado por esta última testigo, el demandante en su interrogatorio de parte, admitió que cada vez que lo contrataban para hacer una obra, pactaba en forma verbal con el señor Jorge Valencia el precio de la obra, el material a utilizar, el tiempo estimado en el que se iba a realizar el trabajo y el sitio en donde se iba a instalar, en todo caso, siempre era un precio fijo para todas las instalaciones, independientemente del número de *manos* que se aplicaran de producto y del material que se gastara, pues se cobraban siempre los mismos \$12.000 ó \$12.500 por metro cuadrado instalado incluyendo materiales, tomaba fotos antes y después de terminado el trabajo para el soporte

de su pago, por tanto realizaba las cuentas de cobro con base en la cantidad de los metros que instalaba en cada obra, y si salía algún trabajo adicional fuera de Bogotá, la empresa le reconocía lo de los pasajes.

Admitió el demandante que si la empresa le entregaba 10 mts de material, esos mismos 10 mts era lo que él instalaba, porque la empresa le daba los materiales casi exactos con un porcentaje mínimo de desperdicio, y si sobraba material era el señor Jorge Valencia quien lo facturaba para el siguiente pedido o el próximo contrato pero esos sobrantes no se los pagaba a él; señaló que la empresa le daba un anticipo para las obras y cuando terminaba las obras, el señor Jorge Valencia le consignaba en su cuenta del Banco Caja Social o por Servientrega; informó que la Contadora le apuntaba con su puño y letra determinados valores en su cuaderno, en donde también existían unas deducciones por Rete-IVA y Rete-ICA sobre el 100% de las obras, por ello considera que solo le pagaron el 60% o 70% de lo que trabajó por las obras instaladas. No obstante, señaló que nunca manifestó oposición o inconformidad por aparentes saldos pendientes que hubieran quedado a su favor, luego de terminar determinada obra en favor de la demandada, solo lo hizo luego de la discusión que tuvo con Jorge Valencia respecto de una garantía que él no debía cubrir o subsanar, frente a un trabajo de instalación que realizó otra persona en Ecopetrol, lo que ocasionó la ruptura de la relación que tenía con la compañía demandada.

Adicional a ello, la compañía demandada aportó un correo electrónico del 3 de diciembre de 2019 enviado por Ectricol a la empresa demandada con ocasión de la solicitud de paz y salvo, del cual se desprende que Ectricol informó que no existen órdenes de compra efectuadas a la firma Jorge Valencia Cuesta - JVC para efectos de que el demandante haya instalado piso vinilo o tapete de caucho que se encuentren pendientes por facturar por parte de la compañía demandada; que el demandante no ha efectuado instalaciones sin que haya sido emitida una orden de compra por Ectricol a JVC, ni sin que haya intermediación de JVC, tampoco Ectricol ha contratado directamente al demandante como contratista para instalar esos productos (págs.. 47-50 archs. 19, 22). También acreditó la demandada haber efectuado entre el 7 de julio de 2018 y el 30 de septiembre de 2019 los siguientes pagos al demandante, conforme la información que reposa en las páginas 51 a 109, 113 a 116, 120, 121, 123, 125, 126, 128 a 143, 145, 146, 148, 149, 151 y 153 a 155 de los archivos 19 y 22, que suman un total de **\$86.625.755:**

Fecha pago	Valor	Soporte pago
7-jul.-2018	\$ 300.000	Matrix Giros y Servicios SAS
10-jul.-2018	\$ 404.137	Banco Itaú
13-jul.-2018	\$ 378.433	Banco Caja Social
13-jul.-2018	\$ 1.531.000	Factura
26-jul.-2018	\$ 300.000	Banco Caja Social
28-jul.-2018	\$ 300.000	Efectivo Ltda
31-jul.-2018	\$ 892.000	Factura
1-ago.-2018	\$ 345.893	Comprobante de egreso
1-ago.-2018	\$ 300.000	Recibo de caja menor
1-ago.-2018	\$ 300.000	Efectivo Ltda
10-ago.-2018	\$ 386.400	Matrix Giros y Servicios SAS
14-ago.-2018	\$ 1.477.466	Factura
14-ago.-2018	\$ 1.642.466	Factura
14-ago.-2018	\$ 360.000	Efectivo Ltda
14-ago.-2018	\$ 735.000	Comprobante de egreso
14-ago.-2018	\$ 757.466	Factura
17-ago.-2018	\$ 300.000	Matrix Giros y Servicios SAS
21-ago.-2018	\$ 398.645	Banco Caja Social
21-ago.-2018	\$ 698.644	Comprobante de egreso
28-ago.-2018	\$ 161.594	Recibo de caja menor
28-ago.-2018	\$ 160.107	Comprobante de egreso
11-sep.-2018	\$ 250.000	Comprobante de egreso
15-sep.-2018	\$ 300.000	Matrix Giros y Servicios SAS
21-sep.-2018	\$ 300.000	Banco Itaú
26-sep.-2018	\$ 600.000	Comprobante de egreso
26-sep.-2018	\$ 300.000	Matrix Giros y Servicios SAS
2-oct.-2018	\$ 300.000	Matrix Giros y Servicios SAS
2-oct.-2018	\$ 1.000.000	Banco Caja Social
10-oct.-2018	\$ 1.500.000	Banco Caja Social
16-oct.-2018	\$ 4.880.000	Factura
25-oct.-2018	\$ 785.259	Banco Caja Social
25-oct.-2018	\$ 1.085.259	Comprobante de egreso
9-nov.-2018	\$ 900.000	Comprobante de egreso
9-nov.-2018	\$ 500.000	Banco Itaú
11-nov.-2018	\$ 400.000	Matrix Giros y Servicios SAS
16-nov.-2018	\$ 798.000	Banco Itaú
22-nov.-2018	\$ 2.664.902	Factura
23-nov.-2018	\$ 300.000	Comprobante de egreso
23-nov.-2018	\$ 300.000	Matrix Giros y Servicios SAS
27-nov.-2018	\$ 587.861	Banco Caja Social
4-dic.-2018	\$ 1.000.000	Banco Caja Social
11-dic.-2018	\$ 1.730.537	Banco Caja Social
11-dic.-2018	\$ 3.056.000	Factura
20-dic.-2018	\$ 1.596.000	Banco Itaú
20-dic.-2018	\$ 1.750.140	Factura
20-dic.-2018	\$ 1.750.140	Factura
22-dic.-2018	\$ 980.375	Factura
26-dic.-2018	\$ 980.375	Comprobante de egreso
4-ene.-2019	\$ 1.769.900	Banco Caja Social
4-feb.-2019	\$ 500.000	Banco Caja Social
5-feb.-2019	\$ 150.000	Recibo de caja menor
15-feb.-2019	\$ 3.746.180	Factura
15-feb.-2019	\$ 3.072.000	Factura
15-feb.-2019	\$ 3.746.180	Factura
21-feb.-2019	\$ 300.000	Banco Caja Social
26-feb.-2019	\$ 252.221	Recibo de caja menor
27-feb.-2019	\$ 1.000.000	Banco Caja Social
28-feb.-2019	\$ 500.000	Banco Caja Social
6-mar.-2019	\$ 300.000	Banco Caja Social
18-mar.-2019	\$ 500.000	Banco Caja Social
22-mar.-2019	\$ 500.000	Banco Caja Social
3-abr.-2019	\$ 3.694.860	Banco Caja Social
3-abr.-2019	\$ 2.535.000	Factura
2-may.-2019	\$ 350.000	Banco Caja Social
11-may.-2019	\$ 200.000	Matrix Giros y Servicios SAS
13-may.-2019	\$ 800.000	Banco Caja Social
24-may.-2019	\$ 2.500.000	Banco Caja Social
30-may.-2019	\$ 3.741.500	Factura
7-jun.-2019	\$ 1.000.000	Banco Caja Social
17-jun.-2019	\$ 1.992.000	Factura
26-jun.-2019	\$ 400.000	Comprobante de egreso
27-jun.-2019	\$ 400.000	Matrix Giros y Servicios SAS

10-jul.-2019	\$ 500.000	Banco Caja Social
12-jul.-2019	\$ 123.800	Comprobante de egreso
15-jul.-2019	\$ 300.000	Efectivo Ltda
23-jul.-2019	\$ 2.100.000	Factura
24-jul.-2019	\$ 400.000	Banco Caja Social
3-ago.-2019	\$ 600.000	Comprobante de egreso
3-ago.-2019	\$ 300.000	Matrix Giros y Servicios SAS
3-ago.-2019	\$ 300.000	Recibo de caja menor
13-ago.-2019	\$ 300.000	Efectivo Ltda
16-ago.-2019	\$ 300.000	Banco Caja Social
21-ago.-2019	\$ 385.000	Banco Caja Social
23-ago.-2019	\$ 300.000	Banco Caja Social
27-ago.-2019	\$ 1.481.000	Factura
28-ago.-2019	\$ 200.000	Banco Caja Social
3-sep.-2019	\$ 250.000	Recibo de caja menor
4-sep.-2019	\$ 150.000	Banco Caja Social
5-sep.-2019	\$ 100.000	Recibo de caja menor
27-sep.-2019	\$ 1.013.300	Factura
30-sep.-2019	\$ 848.715	Comprobante de egreso
Total	\$ 86.625.755	

De esta manera, observa la Sala que por una parte el demandante no corrió con la carga probatoria necesaria de conformidad con el art. 164 y 167 del CPTSS para acreditar idóneamente cuáles fueron los servicios de instalación de pisos que le quedaron pendientes de pago por parte de la empresa demandada, que justificaran los valores cobrados en la cuenta de cobro del 29 de septiembre de 2020, respecto de la cual llama la atención de la Sala que, siendo un contratista de obras civiles con amplia experiencia en instalación de pisos, efectuara una cuenta de cobro por servicios prestados durante casi 10 meses en múltiples obras, y no efectuara el cobro del servicio respectivo al contratante al terminar cada obra civil; nótese que el mismo demandante admitió en su interrogatorio de parte que nunca tuvo reparo alguno respecto de los valores pactados, contratados y pagados por la demandada por los servicios de instalación que hacía en su favor para los distintos clientes, sino que solo hizo la única cuenta de cobro que aportó con la demanda debido al altercado que tuvo con el gerente de la compañía demandada, que ocasionó malestar y la posterior ruptura de la relación comercial sostenida entre las partes.

El demandante sostuvo además en su interrogatorio de parte que tenía fotos con fecha y lugares en donde hizo las instalaciones para soportar los pagos que le quedaba adeudando la demandada, sin embargo, no aportó material probatorio físico distinto a la pluricitada cuenta de cobro que, se reitera, contiene pantallazos de notas ilegibles manuscrituradas provenientes de un cuaderno y fotos en blanco y negro, pero de ellas no es posible establecer a ciencia cierta qué obras fueron contratadas por la empresa demandada, cuánto metraje a instalar se pactó, cuáles obras fueron desarrolladas por el demandante, cuántos metros instaló, cuáles se pagaron y cuáles aparentemente quedaron pendientes de pago,

o cuáles fueron con exactitud los sobrantes de aproximadamente 30 cms o desperdicios de cada obra que no le fueron reconocidos económicamente por la empresa, como indicó en su interrogatorio de parte que le fueron descontados de las áreas que él había cobrado como instaladas según lo inicialmente pactado frente a cada cliente.

También el demandante, su hija y la Contadora de la compañía hablaron de un cuaderno de notas que diligenciaban al momento de las conciliaciones de cuentas, respecto de las cuales la hija del demandante afirmó que la Contadora había apuntado con su puño y letra que el saldo a favor de su padre era justamente la suma que aquí se reclama, pero ese cuaderno no fue aportado con el fin de constatar tal situación, ni la Contadora en su declaración admitió haber escrito eso en dicho cuaderno.

Muy por el contrario, aun cuando con la cuenta de cobro del 29 de septiembre de 2020, afirmó el demandante que en el período comprendido entre el 5 de diciembre de 2018 y el 19 de septiembre de 2019 realizó obras por un total de \$40.159.720, del cual le quedó un saldo pendiente a su favor de \$18.404.337, se pudo constatar que la demandada no solo realizó una conciliación de cuentas para constatar lo afirmado en la reclamación elevada con dicha cuenta de cobro, sino que realmente efectuó pagos al actor a través de distintas modalidades por \$86.625.755 entre el 7 de julio de 2018 y el 30 de septiembre de 2019, es decir, un monto que supera el doble de lo que el mismo demandante valoró como suyo en su cuenta de cobro.

Así las cosas, del material probatorio arrimado no encuentra la Sala deducible algún saldo en favor del demandante, con la advertencia de que nadie puede utilizar como prueba sus propias afirmaciones ni construir un medio probatorio por su simple voluntad (CSJ SL9149-2017, CSJ SL969-2019 y CSJ SL3086-2021), para obtener en su beneficio el pago de una presunta deuda respecto de la cual no acreditó en forma idónea su origen, sin que baste con la versión de los hechos narrada en el libelo introductor, de lo contrario, sería infringir los elementales principios del derecho probatorio; en consecuencia se **confirmará** la decisión absolutoria de primera instancia.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 absolutoria consultada y proferida el 28 de agosto de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: 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

(en uso de permiso)
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/Emf2TqZpgTFGtzUALpLDGXsBfvhm79zfVAhbyI7qJVnalw?e=tEPK9W

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: **f364b23f5e097711f9f89ae71626653052cb314bc3c664e4c4c48fa3f18c38b8**

Documento generado en 30/05/2023 11:24:05 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 **021 2022 00027 01**
DEMANDANTE: PABLO EMILIO COBOS GUTIÉRREZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta (30) de mayo 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 los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la última entidad, respecto de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado y la respectiva afiliación al RAIS ante la omisión de Porvenir SA del cumplimiento del deber de información; en consecuencia, se ordene el traslado y afiliación al Régime de Prima Media administrado por Colpensiones y al fondo privado a devolver todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, junto con los rendimientos y los gastos de administración.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que comenzó a cotizar al sistema de seguridad social en pensiones el 24 de agosto de 1976 a través del ISS hoy Colpensiones; que como consecuencia de la publicidad y

la gestión realizada por los fondos privados, se trasladó al RAIS por medio de Porvenir SA el 25 de abril de 2001, sin que se le hubiera entregado información, completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta sobre las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en ese régimen, comparadas con las consecuencias negativas de abandonar el RPM (págs. 7 a 22, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 2 de mayo de 2022, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 14).

Porvenir SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (págs. 2 a 26, arch. 8).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (págs. 3 a 41, arch. 9).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio (arch. 7).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 4 de octubre de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS el 25 de abril de 2001, con fecha de efectividad a partir del 1º de junio del mismo año por intermedio de Porvenir SA; en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los

dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor. Para ello, se concedió el término de un (1) mes y estableció que al momento de cumplirse dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; y, a Colpensiones, a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y actualizar su historia laboral.

En síntesis, la juez de primera instancia consideró que la AFP no cumplió con la carga de la prueba correspondiente, y por tanto, faltó al deber legal de información al que se ha hecho referencia jurisprudencialmente, en la medida en que se debieron proporcionar todos los elementos de juicio claros necesarios para que el gestor tomara la decisión de trasladarse de régimen, tales como, dar a conocer una descripción de las características, condiciones de acceso a servicios de cada régimen, las ventajas y desventajas de cada uno y las consecuencias del acto celebrado, partiendo de la situación personal y particular del afiliado, esto, debido a que el fondo privado es el experto en la materia y cuenta con herramientas técnicas y equipos actuariales para dar a conocer en detalle el servicio prestado. Agregó que del interrogatorio de parte practicado no se desprendía prueba de confesión, ni podía tenerse por acreditado el cumplimiento del deber de información con la suscripción del formulario de afiliación, al tratarse tal prueba de un documento preimpreso. Concluyó que la acción era imprescriptible, toda vez que los derechos que se derivan de la solicitud de ineficacia lo son.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones inconforme con la decisión, manifestó que el criterio jurisprudencial sentado sobre el objeto de estudio, debe ser analizado en cada caso en concreto, ya que el demandante no puede ser exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, de acuerdo

con lo establecido en el Decreto 2241 de 2010, más aún cuando de su elección dependía su futuro pensional, pues aquel no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS, tales como el retracto y la rescisión.

Agregó que de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-242-09, respecto del principio de sostenibilidad financiera del sistema, el interés general debe primar sobre el particular, ya que la declaratoria de la ineficacia dispuesta por el *a quo*, afecta el patrimonio público, ya que esa entidad estaría llamada a pagar la pensión que pueda llegar a percibir el demandante, a pesar de que su ahorro se hizo de manera individual, el mismo no alcanza para financiar su propia pensión y no financió las pensiones del régimen de prima media, con lo que se desconocen los principios constitucionales de solidaridad y equidad.

Porvenir SA en la alzada expresó su inconformidad sobre la devolución indexada de las sumas condenadas, con fundamento en que tal orden es improcedente de acuerdo con lo mencionado en las sentencias C-061-10 y CSJ SL9316-2016, ya que dentro de las obligaciones de las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual, resultando incompatibles ambos conceptos, pues estima que partiendo de lo anterior, tales rubros no se vieron afectados por la inflación, ya que generaron rendimientos.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en 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. 4, C002).

Colpensiones y Porvenir SA presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en los escritos de contradicción y en la alzada (arch. 6 y 11, 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, 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 nació el 3 de julio de 1955 (págs. 15 a 28, arch. 1); **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 24 de agosto de 1976 al 31 de octubre del año 2000 un total de 673,71 semanas (págs. 23 a 28, arch. 1); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 25 de abril de 2001 (pág. 31 arch. 1 y pág. 71, arch. 8), y allí se encuentra afiliado en la actualidad.

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 esta 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 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 inmerso en la prohibición legal de traslado, ya que 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, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir desde el 25 de abril de 2001, AFP en el 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, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna 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 el demandante el 25 de abril de 2001, 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 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, y en este sentido se **confirmará** la decisión de primera instancia.

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 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.

¹ CSJ SL1688-2019.

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 4 de octubre de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según 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 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

(en uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EuGgD73dL7ZIhbJWJii4DEoBfqm419BjHVNlwYaLapVZFA?e=VGzlxI

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: **fa57758294c410abe81f20cb6eec343381db4b14e73feccce3c454af6012a68b**

Documento generado en 30/05/2023 11:24:06 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 05 023 2021 00211 01
DEMANDANTE:	LUIS CARLOS MUÑOZ MEJÍA
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPS-S SA e INDUSTRIAS Y CONFECCIONES INDUCON SAS

Bogotá DC, treinta (30) de mayo 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 los recursos de apelación interpuestos por el demandante y Salud Total EPS en contra de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se ordene a *cualquiera de las demandadas* que efectúen el reconocimiento y pago de las incapacidades otorgadas entre el 15 de noviembre de 2017 y el 8 de junio de 2020, así como las que se certifiquen con posterioridad a dicha data *durante el curso de este proceso*, junto con los intereses moratorios de todas las incapacidades desde su exigibilidad hasta la fecha en que se verifique el pago, o en forma subsidiaria la indexación (págs. 14, 15 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que para la data de la presentación de la demanda se encontraba vinculado con Inducon Ltda hoy SAS, mediante un contrato de trabajo desde el 2 de mayo de 2011; el 15 de septiembre de 2012 fue diagnosticado e incapacitado por *trastorno de los discos intervertebrales, lumbalgia, trastornos rótulofemorales y condromalacia en la rodilla derecha*; Salud Total EPS pagó las incapacidades causadas entre esa fecha y el 1º de marzo de 2013; Colpensiones recibió el 29 de agosto de 2013 concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS; su empleadora asumió el pago de las incapacidades otorgadas entre el 1º de marzo de 2013 y el 1º de septiembre de 2015, sin embargo, Colpensiones autorizó el pago de las incapacidades que van del 15 de marzo de 2013 al 15 de noviembre de 2017, y ordenó restituir a su empleadora el saldo asumido por esta; el 18 de noviembre de 2016 y el 15 de mayo de 2019 Salud Total EPS expidió conceptos desfavorables de rehabilitación con las mismas patologías; no le han sido pagadas las incapacidades reclamadas a pesar de haberlas radicado ante su empleadora y haber sido prescritas por el cuerpo médico adscrito a la EPS demandada (págs. 10-14 arch. 1 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previo subsanación la demanda se admitió el 6 de octubre de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 7 C01), quienes dieron respuesta en término.

Inducon SAS se opuso a lo pretendido con el argumento de que ha cumplido en forma correcta y oportuna con todas las obligaciones adquiridas con la relación laboral sostenida con el demandante, en especial los pagos al sistema general de seguridad social integral. Excepcionó la inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y falta de causa (págs. 1-17 archs. 9, 13).

Salud Total EPS-S SA, contestó con oposición dado que le reconoció al demandante las incapacidades que fueron radicadas y transcritas sin que puedan pagarse las que no se ajustan con los preceptos normativos. Propuso como excepciones de mérito las denominadas prescripción, inexistencia de prestaciones económicas transcritas por parte el demandante dentro de la EPS (págs. 1-9 archs. 1, 13).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa señaló que es a la EPS a quien le corresponde el pago de las incapacidades causadas entre el día 181 y el 540 cuando no hay un diagnóstico favorable o no se radicó dentro del tiempo respectivo; ha cumplido con las obligaciones legales dado que emitió dictamen DML3538826 del 1º de julio de 2020 en el que se estableció una PCL del 17.98% estructurada al 4 de septiembre de 2019 de origen común. Formuló las excepciones de fondo de carencia de causa para demandar, prescripción, inexistencia de intereses moratorios e indexación, buena fe compensación (págs. 1-11 archs. 12, 13 *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (pág. 3 arch. 8, arch. 11 *ídem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 31 de marzo de 2022, profirió sentencia en la que condenó a Salud Total EPS a pagar al demandante la suma de \$10.892.379 por concepto de incapacidades médicas causadas entre el 15 de noviembre de 2017 y el 15 de febrero de 2020, junto a los intereses moratorios sobre las incapacidades causadas a partir del 1º de agosto de 2018, liquidados desde el 1º de enero de 2020 [*sic*] a la tasa máxima establecida para los tributos administrados por la DIAN hasta que se efectúe el pago de la obligación, más las costas procesales en favor del demandante y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de Colpensiones e Inducon SA, a quienes absolvió.

Para lo que interesa a la alzada, consideró que el demandante venía siendo incapacitado en forma continua e ininterrumpida desde el 15 de septiembre de 2012, por lo que a Colpensiones le correspondía pagar las incapacidades contempladas entre el día 180 y el 540, y así se acreditó pues pagó las comprendidas entre el 15 de marzo de 2013 y el 15 de noviembre de 2017; sin embargo, como el demandante continuó incapacitado hasta el 15 de febrero de 2020 por no haber tenido recuperación respecto del diagnóstico inicial realizado el 15 de septiembre de 2012, a la EPS le corresponde continuar pagando las incapacidades generadas a partir del día 541 porque además fueron radicadas ante esa entidad.

Adujo que las incapacidades ordenadas pagar, deberán ser calculadas con base en el SMLMV dado que fue el reportado como IBC en la historia laboral de Colpensiones, las cuales no se encuentran afectadas del fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que obra reclamación del 11 de diciembre de 2019 con la que se interrumpió la prescripción y la demanda se radicó el 16 de abril de 2021 dentro del trienio respectivo; para imponer los intereses moratorios se basó en lo dispuesto en el art. 2.2.3.1.1. del Decreto 1333 de 2018, normativa vigente para la época en la que se elevó la citada reclamación y por tanto desde esa data, la EPS contaba con un plazo de 15 días hábiles (hasta el 20 de enero de 2020) para realizar el reconocimiento, sin haberlo hecho; indicó que como la vigencia de ese decreto inició el 27 de julio de 2018, los réditos solo se deben calcular respecto de las incapacidades causadas con posterioridad al 1º de agosto de 2018 (archs. 18, 19 C01). No aportó liquidación.

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Salud Total EPS señaló que se hizo una indebida valoración de las pruebas y de la prescripción, por ende, las incapacidades que se otorgaron entre el 15 de noviembre de 2017 y el 2 de noviembre de 2018 se encuentran prescritas conforme los arts. 28 de la Ley 1438 de 2011, 488 del CST y 151 del CPTSS porque la demanda se presentó en octubre de 2021. Agregó que las incapacidades generadas hasta el «27 de noviembre de 2020» [sic] no fueron transcritas por parte del empleador ni del trabajador, por tanto, como no reportan en el sistema de la EPS no es posible ordenar su pago.

Propuso incidente de nulidad teniendo en cuenta que el *a quo* no es competente para proferir la sentencia debido a que las pretensiones no superan el tope impuesto por el art. 12 del CPTSS.

El **demandante** argumentó que se deben conceder las incapacidades causadas entre el 15 de febrero y el 8 de junio de 2020, que fueron generadas por el médico tratante, independientemente de que no se encuentren dentro del certificado emitido por Salud Total EPS, porque esta se negó a la transcripción, de ahí que no se reporten tales incapacidades; sin embargo, se debe tener en cuenta que la empresa Inducon SAS afirmó que las incapacidades fueron radicadas en dicha empresa, cumpliendo así como trabajador afiliado con su deber, para que la empresa hiciera la gestión respectiva de buscar la

transcripción, sin que se le puedan trasladar los trámites para la reclamación de las incapacidades conforme el Decreto 019 de 2012.

Agregó que frente a los intereses moratorios se debe tener en cuenta que existe norma aplicable para las incapacidades anteriores al año 2018, que reguló la tasa y la fórmula para liquidar tales réditos, la cual es anterior a la manifestada por el *a quo*; adicional a ello, los 5 días que tiene la entidad para pagar, se deberían contar en cada una de las incapacidades generadas, con el fin de contabilizar la mora de cada una.

Posteriormente, el demandante mediante escrito del 1º de abril de 2022 solicitó que antes de enviarse el expediente al Tribunal, se aclare o se corrija el monto de la condena impuesta, teniendo en cuenta que según el material probatorio el valor de las incapacidades otorgadas entre el 17 de noviembre de 2017 y el 15 de febrero de 2020 realmente asciende a \$21.427.183 conforme el salario mínimo legal diario vigente de cada época (arch. 20); sin embargo, el *a quo* no se pronunció al respecto.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitieron los recursos interpuestos; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

Los apelantes presentaron alegaciones de instancia, en las que insistieron en sus argumentos expuestos tanto en la demanda, contestación y recursos (archs. 5-9 C02). Colpensiones guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y de conformidad con lo previsto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en: **i)** verificar si el juez era competente por razones de la cuantía para emitir la sentencia de primera instancia; **ii)** constatar si las incapacidades otorgadas entre el 15 de noviembre de 2017 y el 15 de febrero de 2020 se encuentran transcritas y si de no estarlo, se configura un impedimento

para ordenar su pago a cargo de la EPS demandada; **iii)** establecer la viabilidad de ordenar el pago de las incapacidades causadas entre el 15 de febrero y el 8 de junio de 2020; **iv)** si las incapacidades a pagar causadas entre el 15 de noviembre de 2017 y el 2 de noviembre de 2018, se encuentran afectadas por prescripción y a cuánto ascendería la condena por concepto de estas prestaciones, en atención a la solicitud elevada por la parte actora conforme el art. 287 del CGP; y **v)** cuál es la normativa aplicable para el cálculo de los intereses moratorios ordenados en primera instancia y a partir del cuándo deben otorgarse.

Competencia.- El art. 12 del CPTSS establece que los jueces municipales de pequeñas causas y de competencia múltiple, conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda del equivalente a 20 SMLMV, y que los jueces laborales de circuito conocen en primera instancia de los demás; y el num. 1º del art. 26 del CGP aplicable en materia laboral por remisión expresa del art. 145 del CPTSS, establece que la cuantía se determinará «[p]or el valor de todas las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios que se causen con posterioridad a su presentación».

En el presente proceso se pretendió no solo el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas entre el 15 de noviembre de 2017 y el 8 de junio de 2020, sino las que se certifiquen con posterioridad a dicha data *durante el curso de este proceso*, más los intereses moratorios sobre tales prestaciones, calculados desde su exigibilidad hasta la fecha en que se verifique el pago, o en forma subsidiaria la indexación (págs. 14, 15 arch. 1 C01); de esta manera, en el capítulo de la cuantía el demandante consideró que las incapacidades adeudadas a la fecha de la presentación de la demanda (16 de abril de 2021 arch. 2 C01), ascendían a \$25.645.772, monto que claramente supera los 20 SMLMV de la época (1 SMLMV=\$908.526 – Decreto 1786 de 2020), sin contar los intereses que consideró causados a esa fecha (\$12.411.156 – pág. 19 arch. 1).

De este modo, el *a quo* no se equivocó al asumir el conocimiento de la presente acción por ser realmente el competente tanto por los factores objetivo y subjetivo, así como por la territorialidad y cuantía; y el hecho de que en la sentencia que profirió haya accedido en forma parcial a las pretensiones y que como consecuencia de ello, la condena no hubiera superado los 20 SMLMV no significa que por esa razón pierda la competencia, como parece entenderlo en forma equivocada la EPS demandada en su apelación, porque según los inc. 2º y

3º del art. 27 del CGP la competencia por razón de la cuantía solo puede alterarse en los procesos que se tramitan ante un juez municipal, o debido a la reforma de la demanda, demanda de reconvención o acumulación de procesos o de demandadas, casos en los que lo actuado hasta entonces conservará su validez y el juez lo remitirá a quien resulte competente; sin embargo, estos presupuestos se itera, de ninguna manera se configuran dentro del presente expediente.

Por lo anterior, se **rechaza** de plano el incidente de nulidad propuesto por la EPS demandada al tenor de lo dispuesto en los arts. 130, 135 y 136, máxime cuando la falta de competencia que ahora reclama no la alegó como excepción previa, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo.

Transcripción de las incapacidades causadas entre el 15 de noviembre de 2017 y el 15 de febrero de 2020: Lo primero por decir frente a este punto es, que el pago de las incapacidades sustituye el salario durante el tiempo en el que el trabajador permanente retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada según las disposiciones legales; por ende, no solamente constituye una forma de remuneración del trabajo sino la garantía para la salud del trabajador quien podrá recuperarse satisfactoriamente, sin necesidad de preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar su sustento y el de sus familia, por los días laborados.

De ahí que, la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos puede afectar gravemente la condición económica del trabajador, pues tal auxilio reemplaza el salario que, por regla general constituye su mínimo vital; así que es importante traer a colación lo que establece en cuanto al trámite de reconocimiento de incapacidades el art. 121 del Decreto Legislativo 019 de 2012 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública:

El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia CC T-279-2012 sostuvo que «[d]icho artículo, liberó a los afiliados incapacitados del trámite de la transcripción del certificado de incapacidad, trasladándolo al empleador. Ahora, el trabajador tramita la incapacidad directamente con el empleador y éste debe hacer efectivo el pago. Luego, el empleador debe radicar o transcribir dicha incapacidad ante la EPS correspondiente, para hacer efectivo el recobro de lo pagado al trabajador».

Por otra parte, en el Decreto 780 de 2016 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en su versión original y en la modificación introducida por el Decreto 1333 de 2018 que reglamentó las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones, no se había regulado lo atinente a la validación de las incapacidades, y con el Decreto 1427 de 2022 con el que se sustituyó el título 3 de la parte 2 del libro 2 del primigenio Decreto 780 de 2016, con el objeto de establecer las reglas para la expedición, reconocimiento y pago de entre otras prestaciones, las incapacidades de origen común, incluidas las superiores a 540 días como aquí ocurre, se instituyó en los arts. 2.2.3.3.1. y 2.2.3.3.3 lo siguiente:

Art. 2.2.3.3.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común. Para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, deben acreditarse las siguientes condiciones al momento del inicio de la incapacidad:

1. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales.
2. Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad.
3. Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica derivada de la incapacidad de origen común cuando esta última se origine en la atención por servicios o tecnologías excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, según los criterios establecidos en la Ley 1751 de 2015, artículo 15, numerales a, b, c, d, e y f, y las normas que la modifiquen o regulen.

Para el reconocimiento y pago de la incapacidad de origen común y sus prórrogas, se tomará como ingreso base de cotización el reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la incapacidad inicial, no el de las prórrogas.

Parágrafo. Para efecto de determinar el monto de la prestación económica derivada de la incapacidad de origen común a favor del pensionado con ingresos adicionales a su mesada pensional, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor sobre el cual efectúa cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Salud y no sobre el valor de su mesada pensional ni la sumatoria de ambos ingresos.

Art. 2.2.3.3.3 Expedición de certificado de Incapacidad de origen común. El certificado de incapacidad por accidente o enfermedad de origen común debe ser expedido

por el médico u odontólogo tratante, debidamente inscrito en el Registro Especial en Talento Humano de Salud - ReTHUS o por profesionales que se encuentren prestando su servicio social obligatorio provisional.

La incapacidad expedida por el médico u odontólogo no adscrito a la red prestadora de servicios de salud de la entidad promotora de salud o entidad adaptada, será validada por la entidad a la cual se encuentra afiliado el cotizante y pagada por esta, siempre y cuando sea expedida por profesional médico u odontólogo inscrito en el Registro Especial en Talento Humano de Salud - ReTHUS, incluida su especialización, si cuenta con ella, o por profesional que se encuentre prestando el servicio social obligatorio provisional, y su presentación para validación en la EPS o entidad adaptada se realice dentro de los quince (15) días siguientes a su expedición, allegando con la solicitud, la epicrisis, si se trata de internación, o el resumen de la atención, cuando corresponde a servicios de consulta externa o atención ambulatoria.

Cuando, a juicio de la entidad promotora de salud o entidad adaptada, haya duda respecto de la incapacidad expedida por el médico u odontólogo no adscrito a su red, podrá someter a evaluación médica al afiliado por un profesional par, quien podrá desvirtuarla o aceptarla, sin perjuicio de la atención en salud que este requiera.

Transcurridos ocho (8) días hábiles sin que la EPS o entidad adaptada haya validado o sometido a evaluación médica al cotizante, estará obligada a reconocer y liquidar la incapacidad dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del certificado de incapacidad expedido por el médico u odontólogo no adscrito a su red, y a pagarla dentro de los cinco (5) días siguientes, siempre y cuando el afiliado cumpla con las condiciones del artículo 2.2.3.3.1 del presente Decreto.

De manera que, con la Ley Antitrámites no sólo se le delegó al empleador cobrar ante las EPS las incapacidades de sus trabajadores, sino también tramitarlas, lo que incluye incapacidades dadas por médicos particulares o de la EPS del trabajador.

En el presente caso, se tiene que, la EPS al contestar los hechos 12 a 30 y 32 a 44 de la demanda, admitió que al demandante le fueron prescritas por el médico tratante de la EPS demandada, 31 incapacidades causadas del 16 de noviembre de 2017 al 21 de noviembre de 2018 y desde el 12 de diciembre de 2018 hasta el 11 de julio de 2019, lo que se corrobora con los listados de prestaciones por afiliado expedidos el 13 de octubre de 2020 y el 29 de octubre de 2021 que fueron allegados tanto con la demanda como con la contestación de la EPS, de los que se constata la fecha de expedición, de inicio y fin, así como los días acumulados y los diagnósticos (págs. 51-53, 157-159, 175-177, 191-193 arch. 1, págs. 12-14 arch. 10).

El área de Talento Humano de la empresa empleadora del demandante certificó el 16 de diciembre de 2020, que el trabajador radicó en la compañía las 44 incapacidades causadas en forma interrumpida entre el 27 de diciembre de 2017 y el 26 de mayo de 2020 (pág. 54, 55 arch. 1); de la misma área se remitió un documento a Salud Total EPS con formato de acuse de recibido del 11 de diciembre de 2019 con radicado 12111911712, mediante el cual se le solicitó a

la EPS el pago de las incapacidades otorgadas entre el 27 de diciembre de 2017 y el 18 de noviembre de 2019 (págs. 146-148 arch. 1).

Además de ello, el demandante aportó los certificados de incapacidad general generados por IPS con membrete de Salud Total EPS, con los mismos números de autorización que se registraron en los reseñados listados de prestaciones por afiliado, para las vigencias comprendidas entre el 16 de noviembre de 2017 y el 21 de noviembre de 2018 y desde el 12 de diciembre de 2018 hasta el 11 de julio de 2019; así mismo la empleadora demandada allegó el 15 de marzo de 2022 un documento con el cual aseguró que los mencionados certificados de incapacidad fueron radicados y transcritos bajo determinados números de radicado *a medida que eran expedidos por el médico tratante... a nombre del hoy demandante*, junto con los certificados e incapacidades generados entre el 11 de julio de 2019 y el 8 de junio de 2020, los cuales también acompañó con membrete de Salud Total EPS, de la IPS Virrey Solis y del Centro Policlínico del Olaya (págs. 60-91 arch. 1, arch. 15).

El actor también aportó las incapacidades y órdenes de incapacidad otorgadas del 16 de noviembre de 2017 al 30 de junio de 2018, entre el 31 de julio de 2018 y el 23 de marzo de 2019, desde el 31 de marzo hasta el 3 de octubre de 2019, del 12 de octubre de 2019 al 8 de junio de 2020 en la IPS Virrey Solis y en el Centro Policlínico del Olaya, a nombre de Salud Total EPS como entidad responsable del pago en el régimen contributivo (págs. 97-113, 115-145, 982 arch. 1).

De otra parte, la empleadora Inducon SAS aportó los certificados de aportes en línea, de los cuales se constata que efectuó pagos constantes, dentro del término legal e ininterrumpidos a las entidades de seguridad social aquí codemandadas, entre otras, en favor del demandante por los períodos que van desde enero de 2013 hasta octubre de 2021 (págs. 27-72 arch. 9), último período para el cual, según el documento del Gerente de Operaciones Comercial de Salud Total EPS SA y el reporte de semanas cotizadas en Colpensiones, estaban vigentes las afiliaciones del demandante en dichas entidades (pág. 11 arch. 10, págs. 36-42 arch. 12).

Estas incapacidades a pesar de haber sido otorgadas por profesionales adscritos al sistema de salud administrado por la EPS Salud Total, puestas en conocimiento por el demandante a Inducon SA y a su vez, radicadas por esta

como empleadora de aquel, ante la mencionada EPS, conforme lo refieren los números de radicados informados por Inducon SA en la reseñada comunicación del 15 de marzo de 2022, cumpliendo así ambos actores del sistema con el deber impuesto en el citado art. 121 del Decreto Ley Anti trámites 019 de 2012, no cuentan con una prueba idónea de la cual se pueda colegir su pago por parte de la EPS encartada, quien de ninguna manera desvirtuó que esos números de radicación correspondan a otra situación y que no hayan sido otorgados por la misma entidad, teniendo la carga de hacerlo conforme los arts. 164 y 167 del CGP; como tampoco acreditó cuál fue el trámite dado a las reclamaciones elevadas el 25 de noviembre de 2020 y el 25 de marzo de 2021 vía correo electrónico a Salud Total EPS por parte del demandante, en las que solicitó el pago de las incapacidades causadas entre el 17 de noviembre de 2017 y el 8 de julio de 2020 (págs. 188-197, 204-210 arch. 1).

Como consecuencia de lo anterior, al no estar demostrada la justificación de la negativa de la EPS en validar o transcribir y reconocer las incapacidades otorgadas al demandante por el personal médico adscrito a las mencionadas IPS que hacen parte de la red de atención de la EPS encartada y que ya habían sido radicadas por el empleador para su correspondiente trámite y pago, antes de que empezara a regir el Decreto 1427 de 2022, no se equivocó el *a quo* en ordenar el pago de tales prestaciones a cargo de Salud Total EPS; en consecuencia, se **confirmará** la decisión tomada en cuanto a las incapacidades causadas entre el 15 de noviembre de 2017 y el 15 de febrero de 2020.

Incapacidades causadas entre el 15 de febrero y el 8 de junio de 2020.-

El *a quo* negó su reconocimiento y para ello se basó en que estas habían sido otorgadas bajo un diagnóstico distinto al que venía siendo registrado en forma continua desde la primera incapacidad otorgada desde el 15 de septiembre de 2012.

Según la documental ya reseñada, los diagnósticos señalados en las incapacidades otorgadas desde el 15 de septiembre de 2012 hasta el 15 de febrero de 2020 fueron codificados con M22.2, M22.4, **M23.5**, M51.8, M51.9, M79.2, G56.4, G58.9 y R52.1 que, según la Clasificación Internacional de Enfermedades - CIE-10 vigente para la época, se trata en su orden, de trastornos rótulo-femorales, condromalacia de la rótula, trastornos internos de la rodilla por inestabilidad crónica de la misma, otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, trastornos de los discos intervertebrales no especificados,

trastornos de tejidos blandos – neuralgia y neuritis no especificada, mononeuropatía del miembro inferior – causalgia, mononeuropatía no especificada y dolor crónico intratable; empero, contrario a lo señalado por el *a quo* estos diagnósticos no difieren de lo prescrito por los médicos tratantes para las incapacidades subsiguientes, por cuanto desde el 15 de febrero hasta el 8 de junio de 2020 se registraron los códigos **M23.5** y T81.9, el primero como se dijo, es un trastorno interno de la rodilla por inestabilidad crónica de la misma, y el segundo, según el CIE-10 se trata de una complicación de procedimiento no especificada prescrita por el área de ortopedia y traumatología de la IPS Virrey Solis Ume Américas que hace parte de la red de prestadores de la EPS Salud Total (págs. 142-145 arch. 1, págs. 47-56 arch. 15).

De manera que, el *a quo* debió ordenar de igual forma el pago de estas incapacidades porque no fue objeto de discusión que las posteriores al día 540 las asume la EPS respectiva de conformidad con lo dispuesto en los arts. 67 de la Ley 1735 de 2015 y 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, aunado a ello se itera, se demostró que tanto el trabajador como el empleador cumplieron con el deber legalmente impuesto en el pluricitado Decreto Ley Antitrámites, sin que la EPS hubiera acreditado el pago de tales prestaciones ni justificara el motivo por el cual no las reconoce aún después de haber sido radicadas por el empleador, y en ningún caso, el trámite para la obtención de dicho reconocimiento puede ser trasladado al afiliado. Nótese además que estas incapacidades son prórrogas de las anteriores al tenor de lo dispuesto en el par. 1º del art. 2.2.3.3.2. del Decreto 780 de 2016 con su modificaciones introducidas por los Decretos 1333 de 2018 y 1427 de 2022.

En consecuencia, se **adicionará** el numeral **primero** de la sentencia apelada, para ordenar de igual forma, el pago de las incapacidades causadas entre el 15 de febrero y el 8 de junio de 2020, como más adelante se detallará para efectos prácticos.

Prescripción.- Las incapacidades tienen un tiempo de prescripción de 3 años de conformidad con lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 1438 de 2011, de modo que le asiste parcialmente la razón a la EPS accionada, por cuanto conforme con lo anteriormente desarrollado, el demandante tendría derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades otorgadas entre el 15 de noviembre de 2017 y el 8 de junio de 2020; sin embargo, por una parte, se allegó documento dirigido por el área de Talento Humano de Inducon SAS a Salud Total EPS con

formato de acuse de recibido del 11 de diciembre de 2019 con radicado 12111911712, mediante el cual la empleadora le solicitó a la EPS el pago de las incapacidades otorgadas entre el 27 de diciembre de 2017 y el 18 de noviembre de 2019 (págs. 146-148 arch. 1).

Por otra parte, obran en las páginas 188 a 197 y 204 a 210 del archivo 1, las reclamaciones elevadas el 25 de noviembre de 2020 y el 25 de marzo de 2021 vía correo electrónico a Salud Total EPS por parte del demandante, en las que solicitó el pago de las incapacidades causadas entre el 17 de noviembre de 2017 y el 8 de julio [sic] de 2020, más los intereses moratorios conforme el parágrafo 1º de los arts. 4º del Decreto 1281 de 2002, 24 del Decreto 4023 de 2011, 2.2.3.1. del Decreto 780 de 2016, y 279 de la Ley 1819 de 2016, a las cuales se le otorgó los radicados 1125208497 y 03252116974, primero respecto del que el Coordinador de Servicio al Cliente de la EPS le contestó al demandante, que como no hay soportes se requiere adjuntar solicitud escrita para así enviar al área encargada y dar pronta respuesta.

Así las cosas, con estos documentos se interrumpió el fenómeno extintivo de la prescripción al tenor de lo dispuesto en el art. 151 del CPTSS pero solo respecto de las incapacidades generadas a partir del 25 de noviembre de 2017 dado que se radicó la demanda dentro del trienio respectivo el 16 de abril de 2021 luego de haber interrumpido la prescripción (arch. 2); por tanto, se puede concluir que las incapacidades otorgadas entre el 15 y el 24 de noviembre de 2017 se encuentran afectadas por prescripción.

Así que, en atención a la solicitud elevada por el demandante en su memorial del 1º de abril de 2022 (arch. 20), conforme lo previsto en los arts. 283 y 287 del CGP, las incapacidades que serán objeto de condena a cargo de la EPS Salud Total son las que se relacionan en el cuadro siguiente, con la advertencia de que no fue objeto de disputa lo indicado por el *a quo* en cuanto a que deberán ser calculadas con base en el SMLMV para cada año, lo cual se encuentra acorde con lo dispuesto en el art. 227 del CST declarado condicionalmente exequible mediante sentencia C-543-2007 *«en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente»*:

Nº	Fecha Inicial	Fecha Final	Días incapacitado	Días de interrupción	Saldo	Prescripción
1	16-nov.-2017	20-nov.-2017	5		\$ 122.953	Prescritas
2	21-nov.-2017	24-nov.-2017	4	0	\$ 98.362	

2	25-nov.-2017	20-dic.-2017	26	0	\$ 639.355	
3	21-dic.-2017	26-dic.-2017	6	0	\$ 147.543	
4	27-dic.-2017	25-ene.-2018	30	0	\$ 737.717	
5	26-ene.-2018	30-ene.-2018	5	0	\$ 130.207	
6	31-ene.-2018	1-mar.-2018	30	0	\$ 781.242	
7	2-mar.-2018	31-mar.-2018	30	0	\$ 781.242	
8	1-abr.-2018	1-abr.-2018	1	0	\$ 26.041	
9	2-abr.-2018	1-may.-2018	30	0	\$ 781.242	
10	2-may.-2018	31-may.-2018	30	0	\$ 781.242	
11	1-jun.-2018	30-jun.-2018	30	0	\$ 781.242	
12	1-jul.-2018	30-jul.-2018	30	0	\$ 781.242	
13	31-jul.-2018	29-ago.-2018	30	0	\$ 781.242	
14	30-ago.-2018	28-sep.-2018	30	0	\$ 781.242	
15	29-sep.-2018	28-oct.-2018	30	0	\$ 781.242	
16	29-oct.-2018	2-nov.-2018	5	0	\$ 130.207	
17	3-nov.-2018	6-nov.-2018	4	0	\$ 104.166	
18	7-nov.-2018	21-nov.-2018	15	0	\$ 390.621	
19	12-dic.-2018	26-dic.-2018	15	20	\$ 390.621	
20	27-dic.-2018	10-ene.-2019	15	0	\$ 390.621	
21	11-ene.-2019	9-feb.-2019	30	0	\$ 828.116	
22	10-feb.-2019	23-feb.-2019	14	0	\$ 386.454	
23	24-feb.-2019	9-mar.-2019	14	0	\$ 386.454	
24	10-mar.-2019	23-mar.-2019	14	0	\$ 386.454	
25	24-mar.-2019	30-mar.-2019	7	0	\$ 193.227	
26	31-mar.-2019	13-abr.-2019	14	0	\$ 386.454	
27	14-abr.-2019	27-abr.-2019	14	0	\$ 386.454	
28	28-abr.-2019	27-may.-2019	30	0	\$ 828.116	
29	28-may.-2019	11-jun.-2019	15	0	\$ 414.058	
30	12-jun.-2019	26-jun.-2019	15	0	\$ 414.058	
31	27-jun.-2019	11-jul.-2019	15	0	\$ 414.058	
32	11-jul.-2019	9-ago.-2019	30	-1	\$ 828.116	
33	10-ago.-2019	19-ago.-2019	10	0	\$ 276.039	
34	20-ago.-2019	3-sep.-2019	15	0	\$ 414.058	
35	4-sep.-2019	3-oct.-2019	30	0	\$ 828.116	
36	12-oct.-2019	21-oct.-2019	10	8	\$ 276.039	
37	24-oct.-2019	2-nov.-2019	10	2	\$ 276.039	
38	28-oct.-2019	16-nov.-2019	14	-6	\$ 386.454	
39	18-nov.-2019	7-dic.-2019	20	1	\$ 552.077	
40	11-dic.-2019	9-ene.-2020	30	3	\$ 828.116	
41	17-ene.-2020	15-feb.-2020	30	7	\$ 877.806	\$ 20.906.355
41	5-feb.-2020	14-feb.-2020	20	-11		
42	15-feb.-2020	16-feb.-2020	2	0	\$ 58.520	
43	17-feb.-2020	26-feb.-2020	10	0	\$ 292.602	
44	2-mar.-2020	31-mar.-2020	30	4	\$ 877.806	
45	28-mar.-2020	6-abr.-2020	10	-4	\$ 292.602	
46	7-abr.-2020	16-abr.-2020	10	0	\$ 292.602	
47	17-abr.-2020	16-may.-2020	30	0	\$ 877.806	
48	16-may.-2020	25-may.-2020	10	-1	\$ 292.602	
49	26-may.-2020	1-jun.-2020	7	0	\$ 204.821	
50	2-jun.-2020	8-jun.-2020	7	0	\$ 204.821	
		Totales	898		\$ 24.079.224	

En los anteriores términos se **modificarán, adicionarán y precisarán** los numerales **primero** y **tercero** de la sentencia apelada, para establecer que el

valor de las incapacidades que no se encuentran prescritas asciende a \$24.079.224 a cargo de la EPS demandada y en favor del actor.

Intereses moratorios.- El *a quo* sostuvo que conforme el art. 2.2.3.1.1. del Decreto 1333 de 2018 los réditos se deben imponer sobre las incapacidades causadas a partir del 1º de agosto de 2018, teniendo en cuenta la fecha de entrada en vigencia de dicha normativa, y que deberían ser liquidados desde el 1º de enero de 2020 a la tasa máxima establecida para los tributos administrados por la DIAN hasta que se efectúe el pago de la obligación, frente a lo que el demandante sostiene que antes del citado Decreto, se había expedido la regulación de la tasa y fórmula para liquidar los intereses moratorios sobre las incapacidades.

En efecto, no solo desde la expedición del Decreto 1333 de 2018 se impuso a cargo de las entidades de seguridad social la carga de asumir réditos en cuanto no pagaran dentro del término legal las incapacidades, pues con el par. 1º del art. 24 del Decreto 4023 de 2011 se impuso que la «[l]a EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4º del Decreto-ley 1281 de 2002.»; este mismo texto en su tenor literal fue replicado en los arts. 2.2.3.1. del Decreto 780 de 2016 y 3º del Decreto 1333 de 2018, incluso en el actual inc. 2º del art. 2.2.3.4.3. del Decreto 1427 de 2022 que sustituyó el título 3 de la parte 2 del libro 2 del primigenio Decreto 780 de 2016.

De manera que, los intereses moratorios en el presente caso, se deben imponer sobre las incapacidades que no están prescritas, es decir, las causadas a partir del 25 de noviembre de 2017 y serán calculados de acuerdo con los arts. 4º del Decreto 1281 de 2002 y 141 de la Ley 1607 de 2012, desde el 27 de diciembre de 2017, teniendo en cuenta los 5 días hábiles siguientes con los que cuenta la entidad para realizar el pago de la prestación directamente, más los 15 días hábiles siguientes que tiene para revisar y liquidar las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones económicas.

En estos términos se **modificará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada, quedando así estudiados todos los puntos establecidos en el problema jurídico planteado por la Sala. 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: RECHAZAR DE PLANO el incidente de nulidad invocado por Salud Total EPS, conforme lo considerado.

SEGUNDO: ADICIONAR y PRECISAR el numeral **primero** de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de condenar a Salud Total EPS a pagar las incapacidades causadas entre el 25 de noviembre de 2017 y el 8 de junio de 2020, en cuantía única de \$24.079.224, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **segundo** de la sentencia apelada en el sentido de condenar a Salud Total EPS a pagar al demandante, los intereses moratorios causados sobre las incapacidades señaladas en el numeral inmediatamente anterior, liquidados desde el día 27 de diciembre de 2017 y hasta que se haga efectivo el pago, de acuerdo con los arts. 4º del Decreto 1281 de 2002 y 141 de la Ley 1607 de 2012.

CUARTO: ADICIONAR el numeral **tercero** de la sentencia apelada, con el fin de **declarar probada parcialmente** la excepción de prescripción propuesta por Salud Total, respecto de las incapacidades causadas entre el 15 y el 24 de noviembre de 2017, conforme lo expuesto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, acorde con la motivación expuesta.

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

SÉPTIMO: 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

(en uso de permiso)
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/EiE9k8Xhm5tLtnZfWWIAB9oBVIEv0c00bla_n61JptYHQ?e=RH1NMA

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: **32c27abc1c2279e3e69dbcc1c4ffeca4629f9b48ce4386e41cc2ecdd8c041aa**

Documento generado en 30/05/2023 11:24:08 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 **031 2021 00319 01**
DEMANDANTE: JUAN CARLOS RODRÍGUEZ BUITRAGO
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y
SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS SA.
LLAMADA: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

Bogotá DC, treinta (30) de mayo 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 los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la llamada en garantía, respecto de la sentencia proferida el 19 de julio de 2022, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que en el año 1997 fue mal asesorado e informado por la AFP Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, con la finalidad de lograr su traslado de régimen pensional, y en el año 2009 por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, para lograr su vinculación a esa AFP; que a través de información no veraz, en su orden lo llevaron a trasladarse de régimen y afiliarse; que no hubo asesoría por parte de las AFP que incluyera información del tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría al estructurar su derecho pensional, incidencias del traslado y afiliación, que derivó en la afectación de su

vida digna; que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación referidas; se condene a las AFP al traslado a Colpensiones de todos los aportes junto con sus rendimientos, frutos e intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos; a Colpensiones a activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, aceptar y recibir el traslado de los aportes, y reconocer la pensión de vejez cuando acredite los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, expone que nació el 25 de junio de 1966, se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media y se trasladó en el año 1997 al Régimen de Ahorro Individual a cargo de Horizonte, hoy Porvenir, administradora que solo le informó que el RAIS tenía varias ventajas y la mesada pensional se mantendría en el mismo valor que otorgaría el régimen del cual venía, sin explicar en detalle cómo estaba diseñado cada régimen, ni las incidencias negativas que el nuevo régimen le generaría, ni que su pensión dependía del saldo en la cuenta individual; que con su traslado renunció sin saberlo a la expectativa de ser beneficiario de una pensión digna, acorde al salario y tiempo laborado, y más favorable, como consecuencia de la falta de información veraz; que en el año 2009 se trasladó a Skandia, administradora que tampoco le explicó ninguna característica de los regímenes pensionales, en la que para el año 2020 solicitó la proyección de su mesada, momento en que advirtió que lo informado al momento del traslado de régimen no resultaba cierto; que fue asaltado en su confianza legítima, siendo mal informado por los asesores del fondo de pensiones, cuya deficiente asesoría es evidente con la cuantificación de la mesada (arch. 001, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 14 de julio de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas; mediante auto del 26 de agosto de 2021 se tuvo por contestada por Skandia, se admitió el llamamiento en garantía a Mapfre a quien se dio por notificada por conducta concluyente y se le tuvo por contestada la demanda y el llamamiento; y, mediante autos del 2 de diciembre de 2021 y 18 de febrero de 2022, se tuvo por contestada por parte de Porvenir y Colpensiones respectivamente (arch. 005, 011, 015 y 022, C001).

Skandia se opuso a todas y cada una de las pretensiones en su contra, solicitó se le absuelva de ellas. Formuló en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (pág. 3 a 33, arch. 008, C001).

Mapfre se opuso a las pretensiones de la demanda respecto de la llamante y a las del llamamiento en garantía. Propuso frente a la primera, las excepciones que denominó: inexistencia de obligación; buena fe exenta de culpa que genera prima devengada; prescripción. Respecto al llamamiento, las tituladas improcedencia del llamamiento en garantía; inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información; improcedencia de devolución de primas por ser plenamente válido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1º de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018; e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional (arch. 009, C001).

Porvenir se opuso a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de ellas, e invocando en su defensa las excepciones que denominó prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y, buena fe (pág. 2 a 30, arch. 14, C001).

Colpensiones se opuso también a la prosperidad de lo pretendido, solicitando que se le absuelva e invocando como medios de defensa las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; y buena fe (pág. 2 a 20, arch. 021, C001).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 016, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 19 de julio de 2022, absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante, y a la llamada en garantía, como quiera que el traslado del régimen pensional tuvo plenos efectos jurídicos, y condenó al pago de costas al demandante.

En síntesis, la juez de primer grado advierte que el demandante encontrándose en el régimen de prima media con prestación definida se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a Horizonte el 3 de junio de 1997; relacionó los presupuestos legales vigentes en ese año para que ese traslado tuviese validez (art. 13 de la Ley 100 de 1993, 11 del D. 692 de 1994, 13 del D. 720 de 1994); que dentro de los documentos incorporados al plenario aparece el formulario de traslado de régimen, firmado por el demandante, documento del que resalta que aparece que el demandante va a realizar aportes voluntarios, información de beneficiarios, y del demandante; que a la luz de lo señalado por la CSJ Sala de Casación Laboral, respecto del deber de información, se invierte la carga de la prueba y los fondos deben acreditar que efectivamente cumplieron con ese deber, siendo medio de prueba válido lo confesado por la parte en interrogatorio y la prueba testimonial.

Señala que en el interrogatorio el demandante indicó que el motivo de su vinculación es que el tiempo de pensionarse iba a ser más corto, que iba a tener una pensión igual que en Colpensiones, y los comentarios eran que se iba a pensionar anticipadamente; que manifestó desconocer la existencia de rendimientos y no conocer los aportes voluntarios, no obstante en el formulario de afiliación inicial se comprometió a realizarlos por \$350.000 mensuales y en el año 2008 se afilió a pensiones voluntarias con Horizonte, con un aporte mensual de un millón de pesos, de donde concluye la *a quo* que el actor mintió en su declaración; que adujo también no saber que sus aportes serían heredables pero indicó quienes serían sus beneficiarios en el momento del traslado. Que el testigo Alexander Chávez, asesor comercial que realizó una afiliación del demandante a

Skandia, que se le explicó lo que muestra la página de la superintendencia, en donde se revisaba la rentabilidad, le dio la oportunidad de escoger el fondo de pensiones, y firmó un documento adicional, le explicó la rentabilidad de los fondos y el modelo de Colpensiones, que allí era una bolsa común y le darían una indemnización sustitutiva y en los fondos la devolución de Saldos, que dependía del mercado, si tenía buen salario, y cuando le faltaran 11 años para pensionarse los fondos lo iban a llamar, entre otros.

Concluyó la juez que estaba probado que el demandante sabía que no solamente podía realizar aportes obligatorios, sino que también realizaba aportes voluntarios, que existían beneficiarios de esa pensión; que posteriormente se trasladó a Skandia y del formulario que diligenció con Skandia se acredita que recibió información sobre bono pensional; que se trasladó en el 2013 a Porvenir, y en el formulario aparece toda la información que se le suministró, retornando en 2014 a Skandia; por lo que es claro que las AFP demandadas cumplieron con la carga de acreditar con la prueba testimonial, documental y lo señalado en el interrogatorio de parte, que en el momento del traslado de régimen y durante la vinculación con los fondos de pensiones, cumplieron con su deber de información, por lo que el traslado de régimen no fue ineficaz.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** inconforme con la decisión, interpuso recurso solicitando se revoque la decisión, por la interpretación errónea de la jurisprudencia de la CSJ, por cuanto la decisión se centra en el formulario de vinculación como única prueba en el plenario, aunque se apoya en las declaraciones e interrogatorio de parte de las demandadas, la prueba de confesión es indivisible, que el formulario de afiliación en el que se basó la juez es del año 1997 dice que el actor hará un aporte voluntario, lo que no es suficiente para determinar que fue informado; que la CSJ ha indicado que el formulario de afiliación no es indicativo de asesoramiento, a lo sumo presenta un consentimiento pero no informado, pero la juez parte del hecho de que seguramente el aporte voluntario es lo único que se le debió informar al actor; que no tuvo en cuenta que debía haber un paralelo entre el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual, y sus diferencias, que no se acreditó, y no se echó de menos en la decisión, falencia de las partes convocadas al proceso; que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, se debe tener en cuenta es la información en el traslado de

régimen inicial, por lo que no podía tenerse al actor como informado por las declaraciones del testigo asesor comercial; que hay una evidente interpretación errónea de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, que la información que se le dio al actor fue parcial y no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

Mapfre solicitó que se condene en costas a su favor y a cargo de la llamante en garantía, toda vez que existe una carencia de un hilo conductor que daría génesis a la relación jurídico procesal, tanto que se absolvió a la compañía en la sentencia de primera instancia, precisamente por esta carencia de ese hilo conductor.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos, 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).

La parte demandante, Porvenir, Skandia y Mapfre presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, las contestaciones, así como en la alzada (arch. 05, 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, 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 conformidad con lo previsto en el artículo 66A 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 las administradoras del RAIS demandadas, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico, en aplicación del precedente jurisprudencial; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 25 de junio de 1966 (pág. 1, arch. 003, C001); **ii)** cotizó al ISS un total de 259 semanas entre el 26 de marzo de 1987 y el 1º de octubre de 1993 (carp. 021, subcarp. CC, C001) y cuenta con un total de 478 semanas cotizadas en el régimen de prima media válidas para bono pensional (pág. 35 y 59, arch. 008, C001); **iii)** que el 03 de junio de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Horizonte; el 20 de junio de 2008 se afilió al fondo de pensiones voluntarias de esa misma administradora; el 30 de marzo de 2009 se trasladó a Skandia; el 28 de febrero de 2013 se trasladó a Porvenir; y, el 28 de enero de 2014 regresó a Skandia, en la que se encuentra afiliado en la actualidad, con un total de 1455,71

semanas cotizadas al sistema general de pensiones (pág. 31, 32, 34, 45, arch. 014; pág. 37, 59 a 61, arch. 008 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 desvirtuarse 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, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte, hoy Porvenir, desde el 03 de junio de 1997, posteriormente se trasladó entre administradoras del RAIS, encontrándose en la actualidad vinculado a la AFP Skandia, y si bien en los formularios 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, esa sola afirmación, y toda la allí contenida, 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, tal como lo aduce la parte demandante y contrario a lo considerado por la juez de instancia en la decisión.

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 adocinado 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 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual, ni por la información que se otorgue con posterioridad. 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, antes Horizonte, que en verdad hubiese suministrado información completa, oportuna, veraz 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, 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 en ese sentido, se **revocará** la decisión apelada, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 3 de junio de 1997, con su afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir.

Al respecto, la Sala reitera y precisa que, en los términos de la jurisprudencia aquí ampliamente aducida y pacíficamente reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resultan insuficientes las conclusiones probatorias a las que arribó la juez de primera instancia, para tener por acreditado el consentimiento informado con las dimensiones y detalle requerido para la eficacia del acto jurídico, tal como lo adujo la apelante y contrario a lo considerado en la decisión confutada.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de la ineficacia del traslado, 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 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 y los bonos pensionales si los hay; así mismo, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración; todo lo anterior, 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.

En Consecuencia, se **condenará** a la AFP Porvenir y a la AFP Skandia, a efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, y a Colpensiones, a recibirlos y reactivar la afiliación del demandante sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando la respectiva historia laboral con la totalidad de aportes efectuados al Sistema Pensional.

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, lo que se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

¹ CSJ SL1688-2019.

Finalmente, en torno al **llamamiento en garantía** solicitado por Skandia, con el que pretende que sea la llamada aseguradora Mapfre quien devuelva las primas de seguro previsional que pagó la AFP durante el tiempo de vinculación de la demandante a aquella, acorde con la jurisprudencia ampliamente reseñada, como ya se indicó, es a las AFP, para el caso del llamamiento, específicamente a Skandia, a quien le corresponde asumir con cargo a su propio patrimonio, lo que fue descontado de los aportes pensionales efectuados a favor de la demandante, por concepto de gastos de administración, incluido el valor pagado por tales primas de seguro, y no a la aseguradora, que recibió en virtud de un contrato válidamente celebrado entre las partes, en el que actuó como un tercero de buena fe, y sin que comporte su situación contractual, la obligación de restitución de las sumas recibidas por el contrato de seguros, ni el derecho de la AFP llamante de exigir su devolución a la aseguradora, ante la ineficacia del traslado de régimen que sí conlleva tal devolución, pero con cargo a los recursos de la AFP, como consecuencia de su conducta indebida, ante el incumplimiento de su deber profesional en el traslado, debiendo asumir la merma del capital destinado a la financiación de las prestaciones en el régimen de prima media. Por lo anterior, se **confirmará** la absolución de la llamada en garantía.

Por otra parte, se despachará desfavorablemente la pretensión de condena a Colpensiones a reconocer al actor la **pensión de vejez** cuando acredite los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, toda vez que se trata de una petición antes de tiempo, si se tiene en cuenta que, como se adujo en los hechos de la demanda y se desprende de las pruebas allegadas, el demandante nació el 25 de junio de 1966, es decir, a la fecha tan solo cuenta con 56 años de edad, y conforme a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003, la edad mínima para acceder a la pensión de vejez desde el año 2014 es de 62 años para los hombres, razón suficiente para negar, sin más consideración, el referido pedimento.

En cuanto a la **condena en costas**, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso se impondrán únicamente a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas, a favor del demandante, por cuanto Colpensiones no

tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió, y es por ello que la Sala mayoritaria considera que las costas debían disponerse únicamente a cargo de los fondos privados de pensiones, que con su omisión, dan lugar al resultado del proceso, en la medida en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, no fue consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD.

Así mismo, se condenará en costas de primera instancia a cargo de la AFP Skandia y a favor de la llamada Mapfre.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2022, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional realizado el 3 de junio de 1997 por **JUAN CARLOS RODRÍGUEZ BUITRAGO**, identificado con la CC n.º 79.384.964, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a Horizonte SA Pensiones y Cesantías, hoy **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA** y a la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, a trasladar a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión de las vinculaciones del demandante y que se encuentren en su poder, junto con los rendimientos financieros de tales aportes, y los bonos pensionales si los hay; así mismo, debidamente indexados y con cargo a sus

propios recursos, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración; todo lo anterior, discriminado con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones, a recibir las sumas objeto de traslado con el correspondiente detalle ordenado, y a reactivar la afiliación del demandante, sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando la respectiva historia laboral con la totalidad de aportes efectuados al Sistema Pensional, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

CUARTO: ABSOLVER a Colpensiones de la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, por tratarse de una petición antes de tiempo, y a **Mapfre Colombia Vida Seguros SA** de la totalidad de pretensiones del llamamiento en garantía, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, y probada la de **improcedencia del llamamiento en garantía** formulada por Mapfre Colombia Vida Seguros SA, acorde con lo expuesto en la motivación anterior.

SEXTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia a cargo de las AFP Porvenir y Skandia a favor del demandante, y a cargo de la AFP Skandia a favor de la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros SA, conforme a las motivaciones de esta decisión.

SEPTIMO: 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

(en uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ejacq2WZD7BOqQgz2WP6tdYBddjKYolynFkdr32XtYTiaA?e=k8bkvO

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: **a1c938d080ff55ee58d3a19702858b430629157205fc2f2f2112c90109eb65b9**

Documento generado en 30/05/2023 11:24:10 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 **032 2019 00843 01**
DEMANDANTE: NURY ANDREA BERNAL FONSECA
DEMANDADO: CAPITAL SALUD EPS-S SAS Y OPCIÓN TEMPORAL Y CIA SAS

Bogotá DC, treinta (30) de mayo 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 los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que fue contratada por Opción Temporal y CIA SAS, quien fungió como simple intermediaria, para desempeñar funciones en misión en Capital Salud EPS-S, y en consecuencia, existió un contrato de trabajo con la última desde el 5 de junio de 2014, por lo que es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo. Así mismo, que el vínculo feneció sin justa causa el 31 de julio de 2019, cuando se encontraba gozando de fuero circunstancial, por lo que la terminación es ineficaz.

Por lo anterior, solicitó que se condene a Capital Salud EPS-S a reintegrarla en un cargo con iguales o mejores condiciones laborales a las que tenía al momento de su desvinculación, y a ambas demandadas, a pagar solidariamente, de manera indexada, los salarios causados y no percibidos desde la terminación del vínculo, con el respectivo aumento salarial del 4.38%, los intereses a las cesantías, las primas de servicios, los aportes al sistema

general de seguridad social, las bonificaciones por antigüedad (art. 15 CCT), las primas de vacaciones (art. 16 CCT), los descansos remunerados decembrinos (art. 17 CCT), los permisos remunerados de cumpleaños (art. 19 CCT) y a consignar en el fondo respectivo las cesantías causadas desde la desvinculación.

Subsidiariamente, solicitó el pago de los derechos convencionales antes anotados y causados en vigencia del vínculo, junto con la indemnización por despido prevista en el art. 64 del CST y la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 de la misma norma.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, la demandante señaló que suscribió contrato de obra o labor determinada con Opción Temporal y Cía. SAS, el cual inició el 5 de junio de 2014, para desempeñar en misión el cargo de analista integral de servicio al cliente en la empresa usuaria Capital Salud EPS-S SAS, quien desde el inicio determinó las funciones, impartió instrucciones, definió el horario de trabajo y le otorgó las herramientas de trabajo; que el 14 de mayo de 2015, la EST le indicó que para continuar con su labor, era necesario firmar un nuevo contrato, por lo que en esa fecha finalizó el inicialmente celebrado y desde el 21 de mayo de 2015 inició el segundo, desempeñando las mismas funciones; que al cumplirse el término de un año, la EST liquidaba el contrato vigente y se suscribía uno nuevo con el mismo objeto, lo cual tuvo lugar hasta el 31 de julio de 2019, cuando se dio por finalizado el nexo de manera unilateral y sin justa causa por parte de Opción Temporal y Cía. SAS; que el último salario devengado, ascendió a \$1.364.921; que la prestación de los servicios se dio de manera permanente e ininterrumpida, ya que de acuerdo con lo indicado por la EST el tiempo que transcurrió entre uno y otro contrato, correspondía a un período de descanso; que Capital Salud EPS-S SAS el 15 de julio de 2019, aumentó en un 4,38% el salario a todos sus trabajadores y de forma retroactiva desde enero de ese año.

También dijo que el Sindicato de trabajadores de Capital Salud EPS-S SAS agremia a más del 50% de los empleados de planta, por lo que se encuentra constituido como un sindicato mayoritario; que la Convención Colectiva de Trabajo consagra los derechos reclamados en este trámite; que el 28 de julio de 2016, Sintracapital presentó denuncia parcial al laudo arbitral y nuevo pliego de peticiones ante Capital Salud EPS-S SAS; que para la solución del conflicto

colectivo fue necesario constituir un laudo arbitral, cuya decisión fue expedida el 5 de junio de 2018; que para la fecha del despido, se encontraba en estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia el recurso de nulidad formulado contra el referido laudo arbitral; que el 1º de noviembre de 2019, elevó reclamación ante Capital Salud EPS-S SAS y la misma fue negada el 19 de noviembre del mismo año (págs. 110 a 131, arch. “11001310503220190084300_C001”, carp. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió, después de ser subsanada, el 11 de agosto de 2020, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (págs. 133 a 134, arch. “11001310503220190084300_C001”, carp. 1).

Opción Temporal y Cía. SAS dio respuesta con oposición a las pretensiones, indicando que las relaciones de trabajo que existieron con la demandante fueron autónomas e independientes, por requisición específica de la empresa usuaria quien sugirió la vinculación de la gestora, para diversas áreas y para eventos diferentes, los cuales terminaron por un modo legal de finalización, previo el pago de las prestaciones sociales y salarios adeudados. Y Agregó que la empresa usuaria nunca puso de presente la necesidad permanente del servicio prestado por la activa. En su defensa, propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, pago, prescripción y cobro de lo no debido, falta de causa y carencia de acción (págs. 19 a 33, arch. 5).

A **Capital Salud EPS-S SAS** se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 19 de noviembre de 2021 (arch. 9).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 29 de marzo de 2022, declaró que entre la demandante Nury Andrea Bernal Fonseca y la demandada Capital Salud Eps-S SAS existieron dos contratos de trabajo, el primero de ellos entre el 5 de junio de 2014 y el 22 de mayo de 2016 y el segundo del 18 de julio de 2016 al 31 de julio de 2019, último de los cuales terminó sin justa causa. En ese orden, condenó a Capital Salud EPS-S SAS a

pagar a la demandante la suma de \$3.360.879.00 por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa; y, declaró que la demandada Opción Temporal y Compañía SAS es solidariamente responsable de la condena impuesta.

Para lo que interesa a la alzada, en cuanto a la intermediación ilegal aducida en la demanda, luego de hacer un recuento de las pruebas obrantes en el cuaderno, el *a quo* estableció que en este caso no se acreditó por parte de las demandadas alguna de las causales prevista en el art. 77 de la Ley 50 de 1990, para acudir a la contratación de trabajadores en misión, máxime cuando la gestora prestó sus servicios por 5 años cumpliendo las mismas funciones, más allá de que se diera la rotación del punto de atención al usuario en el que laboraba, pues ello no implicaba que su vinculación se hubiera dado en cada caso para atender incrementos en la producción o en el servicio.

Con lo anterior, coligió que atendiendo a la declaración de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se debía declarar que existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, y por ello, que la finalización del último vínculo fue injusta, por lo que procedía el pago de la indemnización por despido prevista en el art. 64 del CST, más aún cuando la testigo afirmó que los puntos de atención al usuario en los que se prestaban los servicios, no dejaron de funcionar, de manera que no se podía hablar de la finalización de la obra o labor contratada.

En cuanto a la pretensión de reintegro, dijo que no se había probado que la gestora hiciera parte de Sintracapital, pues de los estatutos de la referida organización sindical se desprendía que podían ser miembros quienes prestaran sus servicios a Capital Salud, mediante contrato de trabajo, orden de prestación de servicios por obra o labor, forma asociativa o cualquier otra utilizada por la empresa, de modo no era posible acoger el planteamiento relativo a que no se permitió la afiliación debido al tipo de vinculación que aquella tuvo.

Finalmente, sobre los derechos convencionales reclamados, concluyó el *a quo* que no se arrió el instrumento que los contiene con la respectiva constancia de depósito, lo que daba paso a la absolución de tales pedimentos, más aún cuando tampoco se probó que la organización sindical fuera

mayoritaria y en todo caso del texto de los artículos 15 y 16, se desprendía que para la causación de tales prerrogativas se requería acreditar más de 5 años de vinculación a la entidad; a su vez, que los descansos previstos en el art. 17 se otorgaban en tiempo y no en dinero y en el señalado en el art. 19 se derivaba la misma situación.

Sobre el incremento de salario pedido, concluyó que de la liquidación obrante a folio 58, se desprendía que dicho ajuste se efectuó en el año 2019, de manera que no era viable emitir condena por ese concepto.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** en la alzada indicó que el *a quo* no tuvo en cuenta lo atinente a la aplicación de los derechos sindicales a la trabajadora bajo los principios del derecho laboral, sino de una manera taxativa y procesal, en cuanto a que no se probó la Convención Colectiva, sin embargo, resultaba una carga probatoria fuerte para la activa, debido a que la misma no tiene acceso a dichos documentos, más aun teniendo en cuenta lo manifestado sobre su existencia por el apoderado de Capital Salud en el escrito de contradicción, a pesar de que se tuvo por no contestada la demanda a dicha entidad.

Agregó que tampoco se analizó la manifestación efectuada por la gestora en el interrogatorio de parte, en cuanto a su voluntad de pertenecer al sindicato, y que no pudo hacerlo debido al modelo de contratación con el que se encontraba vinculada el cual era fraudulento e ilegal, y a las repercusiones que podrían tener las solicitudes de vinculación al trabajo inmediato; y que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, tales situaciones no pueden atribuirse a la trabajadora. Por lo anterior, solicitó que se aplique el fuero circunstancial y los derechos derivados de la convención.

Capital Salud EPS-S SAS solicitó que se revoque la condena impuesta, con fundamento en que ni ese ente, ni la codemandada, hicieron uso ilegal o ejercieron actos de intermediación, pues simplemente se acudió a una figura jurídica y legal para poder hacer subcontratación de personal y poder seguir operando, con ocasión a la medida cautelar impuesta por la Superintendencia de Salud, que limitaba el flujo de caja y hacer cualquier tipo de vinculación de manera directa, más aún con el incremento de usuarios. Agregó que la

terminación del contrato de trabajo, no fue provocada por esa entidad, ya que la misma se dispuso directamente por parte de la empresa usuaria, quien pudo haber reubicado a la trabajadora en otra de las empresas usuarias, y en todo caso, se sustentó en la causa legal relativa a la culminación de la obra o labor contratada.

Opción Temporal y Cía. SAS en la alzada expresó que resulta equivocado el razonamiento del *a quo* en torno a que esa EST ejerció actos de intermediación, ya que de la confesión que hizo la gestora en el interrogatorio de parte se desprende, que ella suscribió tres contrato de trabajo, los cuales se celebraron para actividades totalmente aparte, además, que recibió el pago de las prestaciones sociales, salarios y aportes a seguridad social y que cada uno de ellos fue terminado a la finalización de la obra o labor contratada. Lo que denota, que en efecto esa sociedad fungió como verdadera empleadora, máxime cuando se declaró la existencia de dos contratos de trabajo, por lo que no podían sumarse dos periodos contractuales, pues la prescripción sepultó la posibilidad de proferir cualquier consideración sobre el particular.

Dijo que además, esa EST en virtud de las normas que regulan las relaciones comerciales, no podía solicitarle a la usuaria certificaciones financieras para contratar con aquella y por ello no es factible declarar la solidaridad en el pago de la condena de la indemnización por despido, sobre todo cuando no se demostró en qué consistió el hecho fraudulento.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar (arch. 4, C002).

Las demandadas presentaron alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la alzada (arch. 6 y 8, C002).

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, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar: *i)* Si Capital Salud EPS-S SAS fungió o no como verdadero empleador de la demandante y la empresa de servicios temporales actuó como simple intermediaria o como verdadera empleadora; de ser así, si no era factible declarar tal situación en virtud del fenómeno de la prescripción; *iii).* Si para la época del despido la demandante gozaba de fuero circunstancial, y si como consecuencia de ello, había lugar a disponer el reintegro, con el consecuencial pago de las acreencias laborales reclamadas y derechos convencionales causados; y, *iv).* De manera subsidiaria al reintegro, si era procedente la indemnización por despido, y de ser así, si la EST es solidariamente responsable de su pago.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, es necesario remitirse a la Ley 50 de 1990 en sus arts. 71 y siguientes, que regulan la existencia de 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 normativa citada, 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 (arts. 6º 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 y CSJ SL3520-2018).

Las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salarios, 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, con las pruebas adosadas al plenario es factible constatar que la demandante celebró sendos contratos de trabajo por obra o labor determinada con la EST Opción Temporal y Cía. SAS y que prestó sus servicios en calidad de trabajadora en misión en Capital Salud EPS-S desempeñando el cargo de analista integral de servicio al cliente, con idénticas funciones y que los mismos se ejecutaron del 5 de junio de 2014 al 14 de mayo de 2015, del 21 de mayo de 2015 al 22 de mayo de 2016, del 18 de julio de 2016 al 18 de julio de 2017, del 26 de julio de 2017 al 25 de julio de 2018 y del 1º de agosto de 2018 al 31 de julio de 2019 (págs. 51 a 53, arch. “11001310503220190084300_C001”, carp. 1).

Así mismo, que el objeto o labor contratada de los tres primeros contratos fue “*apoyo área de coordinación de servicio al cliente*” y del último el de “*Apoyo Gerencia Sucursal Bogotá- coordinación de Servicio al Cliente – Atención al usuario*” (Págs. 39 a 40, 44 a 45, 48 a 49, 53 a 55, arch. 5) y que cada vínculo se dio por terminado aduciendo la culminación de la labor contratada (Págs. 41, 46, 50, 60 y 57, arch. 5) y fue liquidado con el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y salarios a la trabajadora (Págs. 42, 47, 51 y 58, arch. 5).

Últimas situaciones que fueron admitidas por la demandante en el interrogatorio de parte, en el que aquella puso de presente que durante el tiempo de prestación de servicios fue asignada a distintos puntos de atención al usuario ubicados en Candelaria, Tunal, Suba, etc., y que tal rotación era determinada cada seis meses o cada año por los líderes de punto que eran empleados de Capital Salud EPS-S SAS.

Adicionalmente, se verifica que las demandadas el 14 de junio de 2013, celebraron contrato de prestación de servicios en virtud del cual, la empresa de servicios temporales se obligó a suministrar trabajadores en misión para los casos señalados en el art. 77 de la Ley 50 de 1990 (págs. 32 a 52, arch. 6), y del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de Opción Temporal, se desprende que dicho nexo estuvo vigente hasta el 3 de agosto de 2020, y que todos los vínculos que existieron con la convocante tuvieron como fin atender los diferentes puntos de atención al usuario de la codemandada.

De esa manera, con las probanzas recaudadas en el trámite estima la Sala que la conclusión no puede ser distinta a la que arribó el juez de primer grado, pues ninguna evidencia permite establecer que la contratación de la promotora del proceso se enmarcó en alguna de las causales previstas en el art. 77 de la Ley 50 de 1990, ya que carece de sustento probatorio la afirmación que se hace en la alzada en torno al incremento de producción derivado de la recepción de nuevos afiliados por la empresa usuaria y las medidas cautelares decretadas por la Superintendencia Nacional de Salud; y, en todo caso, al contrastar la certificación emanada de la EST y el interrogatorio de parte practicado a la promotora del proceso, es factible colegir que aún cuando aquella fue sometida a rotaciones en los distintos puntos de atención al usuario de Capital Salud EPS-S SAS, durante la prestación de sus servicios desempeñó el mismo cargo y desarrolló las mismas funciones, sin que ningún elemento de convicción tampoco denote que el requerimiento de la usuaria estaba sujeto o variaba por la necesidad temporal de una mayor cantidad de personal en cada PAU.

A su vez, se tiene que entre la celebración de uno y otro contrato, en su orden, transcurrieron 8 días, 58 días, 9 días y 8 días, verificándose entonces el requerimiento permanente que tenía la entidad de seguridad social respecto de la labor desarrollada por la gestora, en los términos y extremos establecidos por el *a quo*, pues no se puede estimar que entre el primero y el segundo contrato de un lado y entre el tercero y el último del otro, hubiera existido una real interrupción de los servicios de la gestora, como para colegir que cada vínculo fue distinto, más aun cuando el requerimiento en cuanto a la funciones desplegadas siempre fue el mismo, con lo cual, se superó el límite temporal de 6 meses que puede prorrogables por otros 6 meses más, establecido por la normatividad aplicable.

Respecto de la modalidad contractual, también se considera acertado el análisis efectuado en la sentencia primigenia, pues al establecerse la unidad contractual en los extremos antes indicados y determinarse que quien fungió como verdadera empleadora fue Capital Salud EPS-S SAS, la duración de la labor contratada pierde su finalidad, y con ello, debe entenderse que los nexos estuvieron regidos por contratos a término indefinido en los términos del art. 47 del CST.

Finalmente, es menester señalar que no estaba llamada a prosperar la excepción de prescripción sobre el punto analizado, al tratarse de una pretensión meramente declarativa.

Fuero circunstancial.- El artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 establece que *“Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”*.

A su vez, el Decreto 1469 de 1978 señala que la protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, *“comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”*.

Sobre los beneficiarios del fuero circunstancial, tuvo la oportunidad de pronunciarse el tribunal de cierre de esta jurisdicción en la sentencia CSJ SL2170-2022, en la que recordó:

(...) al analizar la interpretación que hiciera el Tribunal del fuero circunstancial, se observa que este tuvo en cuenta lo señalado por la jurisprudencia de la Corporación, primero en cuanto al ámbito de aplicación personal de la garantía de fuero circunstancial, la cual señala que este opera cuando el conflicto surge a instancias de una organización sindical, el fuero circunstancial únicamente protege a los afiliados al mismo; y la segunda, cuando quienes lo promueven son trabajadores no sindicalizados, evento en el que la protección solo se predica de quienes suscriben el pliego de peticiones (CSJ SL2020-2021).

De otra parte, cuanto a la aplicación de dicha figura uno de los presupuestos para ser beneficiario del amparo por fuero circunstancial previsto en el artículo 25 del Decreto 2351/65, es que el empleador haya tenido conocimiento de la afiliación del trabajador al sindicato que presenta el pliego de peticiones, como se ha sostenido por parte de

esta Sala en la CSJ SL12995-2017, que reiteró la CSJ SL, 10 de jul. 2012, rad. 39453, SL2834-2021.

Y en la sentencia CSJ SL 34185, 17 sep. 2008, en la que se determinó lo siguiente:

“Por otro parte, en lo que atañe al segundo punto de inconformidad del recurrente, relativo a la aplicación del fuero circunstancial al trabajador no sindicalizado, lo argumentado en el cargo sobre esta precisa temática sí resulta fundado, porque como bien se pone de presente en la sustentación del mismo, al personal no sindicalizado no le es dable beneficiarse de la protección legal por la discusión del pliego de peticiones presentado por una organización sindical, dado que en esta eventualidad quienes gozan de tal garantía son únicamente los trabajadores sindicalizados.

En efecto, la Colegiatura se equivocó cuando concluyó que en el asunto a juzgar donde el conflicto tuvo origen en el pliego de peticiones allegado a la empresa por el Sindicato UNEB, era procedente extender la protección por el fuero circunstancial igualmente al personal no sindicalizado; siendo patente, que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 1373 de 1966, esa garantía foral si bien protege también a los trabajadores no sindicalizados que presentan un pliego de peticiones, está contraída respecto a éstos a la firma de un pacto colectivo y no de una convención colectiva”.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que es un hecho indiscutido en esta instancia que la promotora del proceso no se encontraba afiliada a la organización sindical Sintracapital, respecto de quien se aduce en los hechos de la demanda la presentación de la denuncia parcial al laudo arbitral y nuevo pliego de peticiones ante Capital Salud EPS-S SAS, de modo que no es viable considerar en modo alguno que aquella era beneficiaria de la prerrogativa solicitada, más aún cuando ningún elemento de convicción permite colegir su intención de pertenecer al sindicato y que tal derecho hubiese sido coartado por las llamadas a juicio, quedándose lo indicado en el recurso en el plano de las afirmaciones carentes de prueba, pues como bien lo estableció el juez de primer grado del art. 6º de los estatutos de la organización referida, se desprende que el tipo de vinculación de la demandante no restringía la posibilidad de hacer parte y ser miembro de la misma, ya que expresamente se contempló que se requería prestar sus servicios a Capital Salud Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado S.A.S., ya sea mediante contrato de trabajo, orden de prestación de servicios, por obra o labor, forma asociativa o cualquier otra utilizada por la empresa (págs. 55 a 63, arch. “11001310503220190084300_C001”, carp. 1).

De modo que, sobre este tópico se confirmará la decisión de primer grado.

Aplicación de derechos convencionales.- Reclama la demandante las bonificaciones por antigüedad (art. 15 CCT), las primas de vacaciones (art. 16

CCT), los descansos remunerados decembrinos (art. 17 CCT) y los permisos remunerados de cumpleaños (art. 19 CCT).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples providencias ha explicado que para que la Convención Colectiva tenga el carácter de acto solemne, su prueba está sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante, de modo que si tal documento no se aporta al proceso de manera completa no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia del mismo y consecuentemente le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (CSJ SL 43043, 24 abr. 2013, CSJ SL8718-2014, CSJ SL3628-2022 Y CSJ SL1975-2021).

El depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo es una exigencia de la ley para su validez, indistintamente de si se aporta al trámite autenticado o en copia simple, se requiere la constancia de depósito de la misma.

De esta manera, se advierte que al plenario se arrió documento denominado Convención Colectiva el cual no se encuentra suscrito, ni establece fecha de vigencia, y además carece de constancia de depósito, por lo que es dable colegir que no se probó su existencia legal (págs. 70 a 77, arch. “11001310503220190084300_C001”, carp. 1), pues aún si en gracia de discusión pudiesen tenerse en cuenta las afirmaciones efectuadas en el que había sido presentado como escrito de contradicción por Capital Salud EPS-SAS, a quien se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 19 de noviembre de 2021 (arch. 9), razón por la que en todo caso no son pieza procesal, lo cierto es que tampoco podría considerarse como indiscutida tal situación, en la medida ni de los hechos del libelo inicial ni de dicho escrito se infiere a cuál Convención se está haciendo referencia (págs. 2 a 26, arch. 6).

Indemnización por despido.- Para que proceda la indemnización por despido sin justa causa, es necesario que el trabajador demuestre el hecho del despido, es decir, la iniciativa del empleador de ponerle fin a la relación contractual laboral existente, para que se le traslade a éste la carga de

demostrar que dicho despido se llevó a cabo, con una justa causa (CSJ SL15094-2015, SL5523-2016 y SL4849-2018).

En este caso, se prueba respecto del último vínculo declarado, que mediante misiva del 31 de julio de 2019, se informó a la demandante la terminación del contrato de trabajo por la finalización de la obra o labor determinada, sin embargo, dicho modo legal previsto en el literal d) del numeral 1º del art. 61 del CST, no se constituye en una causa que excluya del pago de la indemnización estudiada, al haberse declarado que la existencia de un nexo a término indefinido, por lo que es menester confirmar la decisión apelada.

Solidaridad.- Sobre este tópico es menester recordar que de acuerdo con lo previsto en los numerales 1º y 3º del art. 35 del CST son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, calidad que debe ser declarada, so pena de ser llamado a responder solidariamente de las obligaciones respectivas.

A su vez, en casos como el presente, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL17025-2016, sobre la solidaridad de la empresa de servicios temporales, explicó: *“(...) Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador”.*

Por lo anterior, se tiene que la solidaridad deprecada respecto de la empresa de servicios temporales, opera en virtud de la ley, sin que se tornen atendibles las razones relativas a que la aquí demandada desconocía cuál realmente era el requerimiento de personal de la empresa usuaria y que no podía solicitarle a la misma certificaciones financieras para llevar a cabo la

contratación, pues lo cierto es que el suministro de trabajadores en misión debe ajustarse a la temporalidad y condiciones que prevé la norma aplicable, a la que está sujeta Opción Temporal y Cía. SAS, por lo que en virtud de ello debía verificar que la vinculación de sus trabajadores no estaba por fuera de lo que le es permitido contratar.

Por lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia apelada. Sin costas en esta 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 29 de marzo de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

(en uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ElW-d1PInQ1Mo8F_Sr-Xl1UBVrsOb_SzZvpHlsHFj54wPA?e=RFE8he

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: **db13341d4ab7e7f76bba5dc70c77f17e43ae0918fd1d33b5b00c8e44ef66564b**

Documento generado en 30/05/2023 11:24:13 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 **032 2020 00370 01**
DEMANDANTE: LISBET ANGÉLICA RIVEROS VANEGAS
DEMANDADO: CORPORACIÓN ESCUELA DE ARTES Y LETRAS
INSTITUCIÓN EDUCATIVA

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo 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 los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 20 de abril de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que medió una relación laboral con Corporación Escuela de Artes y Letras Institución Educativa entre el 1º de febrero de 2012 y el 5 de diciembre de 2017, la cual feneció por causas imputables al empleador; así mismo, que es ineficaz el documento denominado “Anexo 1” incorporado en el contrato individual de trabajo, a través del cual se establecieron unos auxilios con póliza de exclusión salarial que excedían el 66,66% de la retribución básica, por lo que el salario real ascendía a \$3.686.667 y que prestó sus servicios personales en horarios que excedían la jornada máxima legal.

En consecuencia, que se condene al reajuste de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, de la compensación de las vacaciones y aportes al sistema general de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales causados en vigencia del vínculo, los salarios adeudados, la sanción

por no consignación de las cesantías, la indemnización por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías, la indemnización por despido prevista en el art. 64 del CST, la indemnización moratoria señalada en el art. 65 del CST y la indexación.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, la demandante manifestó que se vinculó laboralmente con la demandada el 7 de febrero de 2012 en calidad de contratista independiente a través de la modalidad de prestación de servicios relativo a impartir cátedra como docente investigadora y tutora en diversas asignaturas ligadas al área de publicidad y mercadeo; que se encontraba bajo continuada subordinación de la llamada a juicio, quien se encargaba de exigirle el cumplimiento de órdenes y distribuir el tiempo en que debía prestar sus servicios, de acuerdo con el reglamento docente de la universidad y a través del Rector y los directores de las áreas académicas; que como contraprestación percibía la suma de \$3.686.667; que el 10 de febrero de 2015, se procedió a modificar la forma de contratación inicial, suscribiendo un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de docente de planta investigadora, consejero y tutor de tiempo completo.

Indicó que prestaba sus servicios en la jornada ordinaria, más 38 horas de cátedra adicionales; que el salario pactado fue la suma de \$3.686.667, que se escindió en un básico equivalente a \$2.212.000 y unos beneficios periódicos de carácter no salarial por valor de \$1.474.667 (\$368.667, por concepto de auxilio de transporte; \$737.333 auxilio de alimentación y \$368.667 por concepto de auxilio de teléfono y/o celular), contenidos en el “Anexo 1” del contrato; que para desempeñar sus funciones no debía trasladarse ni incurrir en gastos de transporte adicionales, así como tampoco el uso de telefonía fija o móvil, ya que la cátedra impartida se llevaba a cabo en las aulas de la demandada; que la encartada no cuenta con planes complementarios de alimentación orientados al personal docente; que los salarios nunca fueron cancelados en su totalidad, ya que se pagaban fracciones de los mismos; que los aportes a la seguridad social no fueron cancelados o se pagaron reportando cotizaciones por debajo del salario devengado; que por lo anterior, el 5 de diciembre de 2017, procedió a radicar renuncia motivada, la cual fue reiterada el 20 de diciembre siguiente; que el 19 de diciembre de 2017, la encartada aceptó la renuncia; que la demandada constituyó título de depósito judicial el 25 de abril de 2018, por valor de \$9.169.196, el cual fue cobrado; que mediante comunicado del 16 de mayo de

2018, la Rectoría y el Consejo Directivo afirmaron que no había cumplido con sus deberes contractuales y por lo mismo se procedió a deducción de salarios y prestaciones sociales sin que mediara autorización; que la demandada, no ha cumplido con la obligación de informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social, ni ha pagado los conceptos objeto de reclamo; y, que el 9 de octubre de 2020, radicó reclamación escrita (págs. 2 a 28, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 7 de diciembre de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (arch. 4).

Corporación Escuela de Artes y Letras Institución Educativa en el escrito de contradicción, se opuso a las pretensiones de la demandada, argumentando que la demandante fue vinculada en el primer y segundo semestre académico 2012, a través de dos contratos civiles de prestación de servicios por periodo académico y la única relación laboral que existió se extendió por el periodo comprendido entre el 10 de febrero de 2015 y el 5 de diciembre de 2017. Así mismo, señaló que respecto del documento Anexo (1) incorporado al contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 10 de febrero de 2015, en primer lugar no existe ningún vicio del consentimiento en su suscripción y en segundo lugar en ningún momento se establecieron auxilios con póliza de exclusión salarial que excedían el 66% de la retribución de la demandante, pues los auxilios que se reconocieron se dieron a título de mera liberalidad y en los términos que dispone el artículo 128 del CST, soportado igualmente en la autonomía universitaria que establece el artículo 69 de la CN, con el único fin de asumir los gastos de alimentación, transporte y comunicaciones en que incurre un docente investigador, para cumplir a cabalidad con uno de los fines sociales del Estado, como lo es la investigación como objetivo principal de la Ley de Educación Superior (Ley 115 de 1994 y Ley 30 de 1992), Constitución Política de Colombia y el Reglamento de Investigación emitido por el Consejo Directivo de la Corporación Escuela de Artes y Letras. En ese orden, preciso que la demandante a partir del 10 de febrero de 2015, fue contratada a término indefinido ya que iba a tener a su cargo horas de investigación que debía cumplir para el desarrollo de uno de los objetivos principales que tiene a su cargo una Institución Educativa de Educación Superior y que actuando de buena fe, siempre se ha reconocido a

los investigadores estos auxilios, para que puedan desarrollar a cabalidad las diferentes actividades para poder cumplir con los requerimientos que exige Colciencias para que los productos de investigación que se cuelguen en su plataforma sean reconocidos, aprobados y calificados, ya que la investigación se convierte en un elemento que favorece el desarrollo de la educación, en la medida en que contribuyen a la actualización permanente de los programas. Finalmente, señaló que a la gestora se le efectuaron los pagos completos de salarios, aportes a seguridad social y que aquella no ejerció sus funciones por fuera de la jornada máxima legal.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, validez del acuerdo o pacto de exclusión salarial, falta de causa petendi, cobro de lo no debido, terminación del contrato de trabajo por renuncia voluntaria de la trabajadora, buena fe, enriquecimiento sin causa y compensación (págs. 2 a 38, arch. 6).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 20 de abril de 2022, declaró probadas parcialmente las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción y no probadas las demás excepciones formuladas por la demanda; así mismo, que entre las partes existió un contrato de trabajo del 10 de febrero de 2015 al 5 de diciembre de 2017, el cual terminó por causal imputable al empleador y que tenía como salario la suma de \$3.686.667,00.

En consecuencia, condenó a la encartada a pagar salarios (\$2.671.200), reajuste de las cesantías (\$2.846.926), reajuste de los intereses a las cesantías (\$153.236), reajuste de la prima de servicios (\$229.393), reajuste de las vacaciones (\$852.030). Además, por sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la suma de \$6.881.778, por sanción por el no pago de los intereses a las cesantías la suma de \$153.236 y por indemnización por terminación del contrato la suma de \$8.165.285.

A su vez, ordenó la indexación de los intereses a las cesantías, vacaciones, sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción por el no pago de los intereses a las cesantías e indemnización por terminación del contrato de trabajo; condenó al pago de los intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera sobre lo adeudado por

concepto de salarios, cesantías y primas de servicios, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el momento de su pago definitivo, conforme lo dispuesto en el artículo 65 del CST; y, de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones del 10 de febrero de 2015 al 30 de agosto de 2015, teniendo como salario la suma de \$3.686.667; igualmente, a pagar los aportes adicionales entre septiembre de 2015 y diciembre de 2017, teniendo en cuenta el salario que se declaró en el numeral segundo de la sentencia.

En lo que interesa a la alzada, sobre los vínculos que existieron entre las partes y sus extremos de ejecución, estableció el *a quo* respecto de los que se ejecutaron del 7 de febrero al 31 de mayo de 2012, del 8 de agosto al 30 de noviembre de 2012, del 7 de febrero al 31 de mayo de 2013, del 8 de agosto al 29 de noviembre de 2013, del 6 de febrero al 30 de mayo de 2014 y del 11 de agosto al 29 de noviembre de 2014, que si bien los mismos en realidad estuvieron regidos por contratos de trabajo y no por contratos civiles, no se podía hablar de la existencia de una única relación de trabajo, y que como el último de ellos había finalizado el 29 de noviembre de 2014, en virtud del fenómeno de la prescripción no había lugar a emitir pronunciamiento adicional sobre ellos.

De ese modo, dijo que sobre los pedimentos de la demanda se tendría que la única relación que existió entre las partes fue la que estuvo vigente del 10 de febrero de 2015 hasta el 5 de diciembre de 2017, y que la indemnización por despido indirecto se tornaba procedente en la medida en que a pesar de que la demandada afirmó que la gestora presentó renuncia debido a que no había cumplido con sus obligaciones, lo cierto era que en el proceso solo estaba probado que la motivación de esa decisión estuvo asociada a la falta de pago oportuno de los salarios y de los aportes al sistema de seguridad social, con la liquidación final en la que se incluyó la remuneración mensual de los meses de octubre y noviembre de 2017, lo que era indicativo de dicho incumplimiento, ello, sumado a los comprobantes de pago y documentos contables, que daban cuenta de que esa situación se verificó en la mayor parte del tiempo de ejecución del contrato. A su vez, sobre la mora en el pago de aportes a seguridad social, se verificaba que los causados de enero a octubre de 2017 se pagaron el 27 de noviembre de 2017 y los de noviembre de ese año el 7 de febrero de 2018, por lo que estaban probadas las razones invocadas por la gestora al verificarse el incumplimiento sistemático del empleador de las obligaciones especiales a su cargo.

A su vez, en lo concerniente a los auxilios que fueron pagados a la promotora del proceso por concepto de alimentación, transporte y gastos de plan de celular, dijo que aunque los testigos citados por la encartada afirmaron que la labor investigativa requería de la realización de trabajo en campo, por lo que se generaban gastos de movilización, y por su parte, los testigos citados por la activa, fueron coincidentes al mencionar que dichos rubros tenían carácter salarial, en la medida en que para ejercer la labor investigativa no se generaban gastos, no había lugar a desplazarse a otros lugares, no requerían hacer uso del celular y la alimentación era la misma que normalmente consumían, de los demás medios de convicción podía derivarse con certeza que esos pagos realmente tenían connotación salarial, pues al remitirse a los contratos de prestación de servicios en los que también se establecieron labores de investigación, se verificaba que la remuneración pactada era superior al salario básico que se fijó en el contrato de trabajo a término indefinido firmado entre las partes, y a su vez, se observaba que los auxilios habían sido tenidos en cuenta por la encartada para liquidar las primas de junio y diciembre de 2015 y del primer trimestre de 2016, así como los intereses a las cesantías y las cesantías de 2015. Además, consideró que según lo aducido por el representante legal de la demandada y la testigo Ana Julia Ríos Quiroga, la gestora tuvo una deficiente labor investigativa por casi tres años, de ahí que si los auxilios fueron pagadas con ese fin, no era entendible porqué se habían seguido reconociendo, y que en todo caso, no se había logrado establecer su destinación pues los testigos citados por la pasiva únicamente indicaron de manera general cómo se desarrollaba esa labor y no concretamente en el caso de la promotora del proceso.

Con esto, en cuanto a la reliquidación de las prestaciones sociales, dijo que debía aplicarse la prescripción parcial teniendo en cuenta que la reclamación se verificó el 9 de octubre de 2020, por lo que la misma había operado sobre los intereses a las cesantías, las primas de servicio y las vacaciones.

Respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, dijo que no obraba prueba del pago de los ciclos que comprendieron del 10 de febrero al 30 de agosto de 2015, por lo que debían disponerse en su totalidad y a partir de septiembre de 2015 hasta el 5 de diciembre de 2017, sobre el salario realmente devengado equivalente a \$3.686.667.

En lo tocante a los salarios, dijo que únicamente se adeudaba el valor que fue descontado de la liquidación final del contrato de trabajo equivalente a \$2.671.200, pues aunque sobre esa deducción se hizo referencia a una decisión del Plénium Universitario, se advertía que en cuanto a la forma en que se verificaría el cumplimiento de las obligaciones como docentes investigadores, de acuerdo con el numeral quinto del acta, consistiría en que aquellos se comprometieran con la entrega de un cronograma que contuviera el plan de actividades que justifiquen la entrega de 300 puntos por cada 4 horas, y que de esa manera estaría justificada la inversión y que a quien no cumpliera con el cronograma respecto del puntaje asignado, se le iría quitando esa parte. Situación de la que coligió que solo hubo una discusión sobre el tema, sin que se hubiera definido y que en el caso particular de la demandante no se firmó cláusula adicional sobre la exigencia de acreditar el cumplimiento de un puntaje para generar los auxilios que percibía. Además, dijo que aunque la prohibición de descuentos opera respecto de los pagos causados en vigencia del contrato, lo cierto es que la deducción realizada por la empleadora no procedía.

Sobre la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria, dijo que en este caso se lograba determinar que el empleador había incurrido en actos de desnaturalización del salario y que había efectuado descuentos de la liquidación final que no debían haberse llevado a cabo, con lo cual, había incumplido con los pagos a los que tenía derecho la trabajadora, sin que existiera justificación alguna, de forma que era procedente impartir condena.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante**, expresó en la alzada su inconformidad respecto de la absolución dispuesta sobre el pago de los aportes a seguridad social causados entre el año 2012 y el 2014, con fundamento en que a pesar de que el juez indicó que los contratos que se ejecutaron en ese interregno eran de orden laboral, procedió a declarar la prescripción respecto de los mismos, desconociendo con ello los derechos irrenunciables de la trabajadora, por lo que debió impartirse condena teniendo en cuenta los valores que se indicaron en la sentencia para efectos de determinar el ingreso base de cotización.

El apoderado judicial de la sociedad **demandada**, solicitó que se revoque la totalidad de las condenas impuestas, expresando que no se comparten los argumentos que llevaron al *a quo* a disponer el reajuste de las acreencias reclamadas con sustento en que los auxilios no constitutivos de salario son factor salarial porque esa situación se podía desprender del valor pactado en los contratos de prestación de servicios, ya que debe tenerse en cuenta que cada acuerdo de voluntades es independiente y autónomo, de modo que no se pueden tener como antecedente de lo pactado desde 2015.

Agregó, que el *a quo* desconoce la finalidad dada a los auxilios pagados, derivada de los compromisos que adquirió con la Institución respecto de sus labores investigativas, de acuerdo con las versiones de los testigos quienes confirmaron esa situación; a su vez, señaló que dichas labores que se encargaron a la gestora constituyen un derecho fundamental tal como fue expuesto por la Corte Constitucional en sentencias C-505-01 y T-172-93, ya que constituye expresión y reflejo de la racionalidad humana y guarda relación con la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la educación, el trabajo y la dignidad humana, lo cual fue aceptado por la promotora del proceso y expresado por lo terceros llamados a declarar.

También sostuvo, que desconoce el fallo apelado lo normado en el art. 128 del CST que permite que entre el empleador y los trabajadores acuerden pagos que no constituyen salario, máxime cuando en ningún momento se desconocieron los derechos mínimos de la gestora, los pagos tuvieron una destinación específica relacionada con cubrir los gastos derivados de llevar a cabo labores investigativas, para compensar los gastos de alimentación, transporte y comunicaciones en que incurre un investigador en sus diferentes labores a desarrollar, como trabajos de campo y actividades diferentes a las horas de cátedra, ello para cumplir con los requisitos exigidos por Colciencias.

Dijo que debe tenerse en cuenta, que en las disposiciones que regularon la relación de trabajo, no se dispone que para que proceda la entrega de auxilios como los reconocidos, el patrono debe pedir soportes o verificar que los mismos cumplan su propósito; así como también, que las personas citadas como testigos por la demandante, quienes quisieron hacer ver que los auxilios retribuían el servicio, son personas que finalizado el año 2017, se unieron entre ellas para presentar cartas de renuncia, debido a que no habían

cumplido con sus compromisos investigativos, aduciendo causas imputables al empleador y desconociendo la finalidad del pago acordado con ellos.

Sobre la indemnización por despido, expresó que la institución cumplió a cabalidad con sus obligaciones, cancelando todos los pagos convenidos en cada uno de los contratos suscritos, pues aunque hubo mora en el pago de los aportes a seguridad social, estos fueron liquidados junto con los respectivos intereses, pues además siempre estuvo presta a cubrir los gastos y tratamientos requeridos por sus empleados que no fueran atendidos debido a esa circunstancia, sin embargo, ello no se presentó en el caso de la gestora, quien por su parte no cumplió con las obligaciones que había adquirido, específicamente con los trabajos de investigación que tenía a su cargo, tal como se demuestra con el informe rendido por la directora del Departamento de Investigación, el cual no fue tachado de falso.

Añadió, que el pago por fuera del término legal, se debió a causas ajenas a su voluntad, pues como lo expuso la testigo Ana Julia Ríos, ello obedeció a las demoras injustificadas en la renovación de los registros calificados por parte del Ministerio de Educación y el decrecimiento en el número de estudiantes, así como los retrasos en los giros de las matrículas financiadas por Icetex y la negativa del fondo de pensiones para completar el total del cupo reglamentario del crédito al que tenía derecho la institución.

Así, sostuvo que las razones que llevaron a la demandante a renunciar estuvieron relacionadas realmente con el hecho de que el máximo órgano de la institución decidió fijar parámetros y exigir a sus investigadores el cumplimiento de sus productos de investigación so pena de descontar las horas que se habían pagado por ese concepto, tal como se verifica en el acta de septiembre de 2017, de ahí que la promotora del proceso, junto con otros docentes, algunos de ellos citados como testigos, decidieron evadir sus responsabilidades, presentando renuncia motivada con fundamento en hechos que no son ciertos.

Sobre la condena por concepto de indemnización moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías, argumentó que debió valorarse la buena fe del empleador en el pago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral con base en el salario pactado, así como el hecho de que la trabajadora durante la vigencia del vínculo no expresó inconformidad alguna y que de

acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado en los eventos en los que se reconoce una diferencia respecto del salario base de liquidación del auxilio de cesantías, con ocasión de una nivelación salarial, no procede el pago de la indemnización aludida.

Finalmente, pidió que se absuelva de cancelar el descuento realizado en la liquidación final por la suma de \$2.671.200, debido a que se probó que en acta de septiembre de 2017, se acordó que las personas que no cumplieran con los 300 puntos les iban a ser deducidos los valores pagados por concepto de investigación, lo que ocurrió en este caso, pues la actora no cumplió con los productos de su investigación; y, solicitó que se declarase válido el pacto de exclusión salarial se absuelva del reajuste de los aportes a seguridad social.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 19 de mayo de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; 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, C002).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la sustentación de los recursos de apelación (arch. 6 y 8, C002).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si era menester declarar la existencia de los contratos de trabajo respecto de la prestación de servicios que se verificó antes del año 2015 y si sobre esos períodos es procedente el pago de aportes al sistema general de seguridad social. De otro lado, si los auxilios pactados por concepto de alimentación, transporte y telefonía eran realmente constitutivos de salario; si se probaron las causas atribuidas al empleador en la renuncia motivada presentada por la trabajadora; y, si era procedente el descuento de salario efectuado a la demandante a la finalización del vínculo.

Para resolver, es preciso mencionar que en este asunto no se discute y se encuentra probada la prestación personal de los servicios de la demandante

como docente de la demandada del 7 de febrero al 31 de mayo de 2012, para ejecutar a la semana 4 horas aula técnico profesional y 2 horas aula profesional, por lo cual se pagaría la suma total de \$690.000 dividida en 4 periodos (págs. 45 a 46, arch. 6); del 8 de agosto al 30 de noviembre de 2012, para cumplir a la semana 8 horas aula técnico profesional y 8 horas aula profesional, por lo que se cancelaría la suma de \$5.890.000 fraccionada en cuatro pagos (págs. 47 a 48, arch. 6); del 7 de febrero al 31 de mayo de 2013, para cubrir 16 horas aula técnico profesional, con un pago total de \$7.141.500 dividido en cuatro meses (págs. 49 a 50, arch. 6); del 8 de agosto de 2013 al 29 de noviembre de 2013, para ejecutar 16 horas aula técnico profesional y 8 horas aula profesional, por un pago total de \$8.970.000, dividido en cuatro meses (págs. 51 a 52, arch. 6); del 6 de febrero al 30 de mayo de 2014, para cumplir a la semana 12 horas aula técnico profesional y 8 horas aula profesional, por un pago total de \$9.834.055, fraccionado en cuatro meses (págs. 51 a 52, arch. 6); y, del 11 de agosto al 29 de noviembre de 2014, para cumplir a la semana 18 horas aula técnico profesional y 16 horas aula profesional, por lo que se cancelaría la suma de \$16.465.773 fraccionada en cuatro pagos (págs. 55 a 56, arch. 6).

Así mismo, que posteriormente mediante contrato de trabajo a término indefinido para docentes con salario corriente que inició el 10 de febrero de 2015, la gestora fue vinculada para desempeñar el cargo de “*Docente de Planta, Investigador, Consejero y Tutor*”, devengando como salario la suma de \$2.212.000,00 y prestando a la semana 14 horas de aula programa profesional, 21 horas programa técnico y 3 horas aula consejería (pág. 36 a 37, arch. 1 y págs. 57 a 60, arch. 6).

Tampoco se rebate la conclusión a la que arribó el *a quo* en torno a que cada uno de esos nexos fue independiente y autónomo debido a que se presentó solución de continuidad entre ellos y no se acreditó la prestación personal en medio de tales interrupciones, las cuales fueron prolongadas.

De ese modo, aunque comparte la Sala las razones expuestas por la parte actora en la alzada en torno a que los pedimentos relacionados con la declaratoria de las relaciones de trabajo, así como el consecuencial pago de aportes a seguridad social, no se ven afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción, no se puede perder de vista que atendiendo a que en el escrito introductorio se pretendió la declaratoria de una única relación laboral, solo

era dable declarar la última que existió entre las partes, tal como se ha explicado por el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, entre otras, en las sentencias CSJ SL26707, 2 mar. 2006, CSJ SL27371, 19 oct. 2006, CSJ SL691-2013 y CSJ SL1166-2018, atendiendo a que esta Corporación carece de las facultades ultra y extra petita previstas en el art. 50 del CPTSS, por lo que la decisión de primer grado se mantendrá incólume, pero por lo aquí explicado.

Reliquidación de prestaciones sociales.- Para resolver, se tiene que es materia de debate el carácter salarial de los auxilios de transporte, alimentación y teléfono y/o celular que recibió 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).

Se encuentra acreditado en este asunto que mediante documento denominado Anexo 1 al contrato de trabajo, las partes acordaron que el empleador pagaría adicionalmente al salario pactado que ascendía a \$2.212.00, un auxilio de mera liberalidad no constitutivo de salario equivalente a \$1.474.667, distribuido en auxilio de transporte por \$368.667, auxilio de alimentación de \$737.333 y auxilio de teléfono y/o celular de \$368.667, con el fin de retribuir los gastos en que se incurriera durante el desarrollo de las funciones asociados a movilización, alimentación y comunicaciones (pág. 38, arch. 1 y pág. 61, arch 1).

En cuanto a las declaraciones recibidas en el trámite se tiene que la demandante en el interrogatorio de parte aceptó que para el 10 de febrero de 2015, fue contratada como docente investigadora, y explicó que las horas cátedra son las que se dictan y la investigación es un proyecto que se presenta, en el que se entregan unos resultados, se hace un análisis y se retoma información; así mismo, cuando se indagó sobre qué actividades conlleva la elaboración de un producto de investigación avalado por Colciencias, dijo que consistía en la incorporación de una serie de informaciones, que en su caso, se hacían por internet, por medio de la revisión del tema a su cargo que era la identidad, la tipología y la tipificación de la identidad visual en Colombia, de la identificación visual, de las empresas, del estado del Gobierno, a través de los manuales de identidad corporativa que normalmente están cargados en las páginas web de las empresas y luego hicieron unas fichas para hacer el análisis donde se estudiaba el color y las tipografías y eso quedaba documentado en la institución demandada y en Colciencias. Dijo que también hicieron alguna conferencia en la Biblioteca Luis Ángel Arango en un tema de industrias naranja y se presentó ese proyecto de investigación.

Por su lado, respecto a los testimonios recibidos, Juan Carlos Silva Sanabria dijo conocer a la demandante desde el primer semestre del año 2012, porque fueron compañeros de trabajo en la institución educativa demandada hasta diciembre de 2017. Agregó que la convocante era docente de aula e investigadora, que sabe que le pagaban unos auxilios de transporte, telefonía y alimentación, sin embargo, ese cargo no ameritaba un gasto especial o adicional relacionado con esos conceptos, ya que se pagaba a todos los

docentes sin importar si tenían a su cargo investigaciones y la labor de investigación se desarrollaba en un 90% a partir de conexiones a internet, por medio de la revisión de fuentes y consulta de textos y en algún momento muy específico la gestora se desplazó a la Biblioteca Luis Ángel Arango a alguna actividad. Narró que en una reunión de la Junta Directiva de la demandada, se estableció de manera arbitraria, sin contar con los docentes y sin socializarlo con ellos, que cuando se considerara que no se había cumplido con una cuota de investigación se reducía el salario en un porcentaje.

Claudia Marsella Molina Dorado, sostuvo que conoció a la demandante trabajando en la Escuela de Artes y Letras y que fueron compañeras de trabajo allí desde el primer semestre de 2012. Sobre los pagos por concepto de alimentación, transporte y telefonía, dijo que a todos los docentes que firmaron contrato a término indefinido, sin importar si tenían a cargo o no labores de investigación, les indicaron los apoderados y la jefe de personal de la demandada que era una cláusula que estaba ahí en el contrato y que formaba parte del salario, que era una manera para que pagaran menos en la EPS, en pensiones y asuntos de contabilidad; que así como en los contratos de prestación de servicios, en el contrato de trabajo el valor del salario dependía de la cantidad de horas dictadas. También mencionó que la investigación, en el caso de la demandante, consistía en la tipificación de la identidad del diseño en Colombia, por lo cual se analizaba la identidad gráfica de distintas empresas, todas de dominio público y por ello tal gestión se adelantaba en las salas de internet de la encartada, sin que se requiriera el desplazamiento a ninguna parte, pues no todos los tipos de investigación requieren trabajo de campo.

Claudia Jimena Lagos Moreno dijo que conoció a la demandante porque fueron compañeras de trabajo en la demandada desde el segundo semestre de 2012 hasta el año 2017; que la gestora era docente investigadora; que con la suscripción del contrato a término indefinido, firmaron un anexo al mismo en el que se pactaron auxilios no salariales por concepto de transporte, alimentación y telefonía, sin embargo, los mismos no se destinaban a gastos generados por esos rubros y eran incluidos para liquidar las vacaciones. Que sabe que la gestora para la prestación de sus servicios se desplazó un par de veces a la ciudad de Girardot; que la parte investigativa se podía desarrollar en la biblioteca de la universidad, y no era una obligación tener que desplazarse a otro lado para ese fin.

Jairo Aníbal Moreno Castro relató que labora al servicio de la demandada como docente con responsabilidad investigativa; que fue compañero de trabajo de la demandante desde 2012 o 2013 hasta 2017; que la universidad pagaba unos auxilios destinados a los recursos necesarios para adelantar los proyectos de investigación, para lo cual se debe incurrir en gastos de internet, en gastos bibliográficos y en transporte para realizar talleres para los ejercicios de campo. A su vez, cuando se indagó sobre qué se requería para ser destinatario de tales auxilios, sostuvo que cada proyecto de investigación tiene asignado un presupuesto que depende de las características que tenga el mismo y es aprobado por el Comité del Centro de Investigaciones, dentro del que se incluyen gastos de papelería, de internet, transporte y trabajo de campo, porque en algunos casos hay que realizar viajes a otras locaciones. Que desconoce el anexo n.º 1 del contrato de trabajo, pero que los gastos de investigación se generan en todo proyecto y los propone el investigador y se supone que la institución toma en consideración esas propuestas individuales y genera una suma, que desconoce si la misma se deriva de un promedio. También explicó que una investigación formal como la requerida por Colciencias, no se puede adelantar solo mediante consultas por internet, porque la búsqueda bibliográfica es solo una etapa del proyecto.

Ana Julia Ríos Quiroga, quien labora con la demandada desde 1990, se desempeña como secretaria general desde el año 2016 y antes de ello como docente y directora del programa de diseño gráfico técnico y profesional y de la especialización en ilustración, dijo que conoce a la demandante debido a que laboró en la institución desde 2012 hasta 2017 y que aquella estuvo vinculada inicialmente por período académico y después mediante contrato a término indefinido con una asignación de investigación, debido a que la universidad requería reacreditarse en alta calidad en el programa de diseño gráfico. Adujo que los docentes investigadores continúan con su cátedra, pero además tienen que plantear un proyecto, que en el caso de la actora era sobre identidad colombiana; que la universidad hacía seguimiento a esa labor por medio de la entrega de los avances y que en el contrato se pactaba una cláusula que contemplaba unos valores para que contribuyeran en el desarrollo de la investigación, para lo cual era necesario salir para conseguir y buscar muestras y hacer entrevistas, ya que en internet siempre se encuentran las mismas fuentes. Agregó que para ser destinatario de los auxilios solo se requería trabajar en investigación, porque se consideraba que

ello tenía un valor para la institución, que los docentes debían entregar un proyecto y era por eso por lo que se estaban haciendo los pagos; y más adelante, respondió que ella también percibe los auxilios de alimentación, telefonía y transporte aun ocupando el cargo de secretaria general. Sostuvo que en el caso de la demandante, aquella solo adelantó un capítulo del proyecto y no cumplió con los objetivos que se plantearon desde el 2015.

Por último, el testigo José Gabriel Bernal García mencionó que trabaja en la demandada desde hace 20 años en el área de la docencia y dirige un programa académico y que por esa razón conoció a la demandante. También dijo que a los docentes investigadores se les reconocen unos auxilios dependiendo del tipo de proyecto que tengan y de las horas asignadas, pues son horas que no se deben desempeñar en un horario específico ni en la institución, que generalmente se incurre en gastos de desplazamiento para el trabajo de campo y hacer visitas, porque se debe establecer contacto con entidades, personas, medios y agremiaciones y que desconoce qué tipo de proyecto adelantó la gestora.

Finalmente, encuentra la Sala que milita certificación del 24 de noviembre de 2016, en la que se hizo constar por parte de la Directora de Recursos Humanos de la demandada que la gestora se encontraba vinculada como docente investigadora desde el 7 de febrero de 2012, y a partir del 10 de febrero de 2015, mediante contrato de trabajo a término indefinido con una asignación salarial mensual de \$3.686.667 (pág. 39, arch. 1); que se arrimaron comprobantes de pago de prima de servicio de junio de 2015 por \$1.443.944 (pág. 72, arch. 6); comprobante de pago de diciembre de 2015, en el que se incluyeron \$1.597.556 de vacaciones y \$1.843.334 de prima de servicios (pág. 84, arch. 6); y, constancia de pago de prima de servicios de junio de 2016 por valor de \$1.843.334 (págs. 98 y 100, arch. 6); y, que en el contrato de trabajo se estableció una remuneración básica que cubría a la semana 14 horas de aula programa profesional, 21 horas programa técnico y 3 horas aula consejería, y “0” horas de investigación (pág. 36 a 37, arch. 1 y págs. 57 a 60, arch. 6).

Partiendo del recuento anterior, estima la Sala que en este asunto se prueba de manera suficiente que el pacto de exclusión salarial signado entre las partes tuvo como propósito restar tal carácter a un pago que remuneraba de manera directa los servicios de la trabajadora, pues aunque pareciera no

existir consenso entre los testigos citados por las partes, en torno a si en virtud de las funciones de investigación encargadas a la promotora del proceso aquella debía cubrir los gastos que en teoría pretendió cobijar la llamada a juicio en el anexo n.º 1, lo cierto es que se queda sin soporte tal afirmación, justamente con lo narrado por los terceros llamados a declarar por la demandada y con las documentales incorporadas al plenario.

Esto porque, por ejemplo, la testigo Ana Julia Ríos Quiroga, inicialmente sostuvo que el pago de los auxilios se ocasionaba en favor de los docentes por el hecho de tener a cargo funciones de investigación, sin embargo, más adelante refirió que a ella, aunque desempeña el cargo de secretaria general de la institución educativa demandada desde el año 2016, también se le reconocen tales conceptos, lo que en buena medida ratifica lo narrado por los deponentes citados en la demanda, frente a que tales auxilios se pagaban indistintamente, a quienes tenían y a quienes no tenían labores de investigación a su cargo.

A su vez, el deponente Jairo Aníbal Moreno Castro aludió que el auxilio recibido por los docentes investigadores estaba asociado o dependía del tipo de proyectos que se estuviera ejecutando y del presupuesto presentado para tal fin, en atención a gastos de papelería, internet y transporte, no obstante, no existe en el cuaderno prueba de que la gestora hubiera presentado un presupuesto a la demandada para desarrollar la función de investigación, y de otro lado, la denominación de los conceptos pagados por alimentación y telefonía no guardan relación ni se ajustan o justifican con lo aducido por el declarante.

Y por último, del dicho de José Gabriel Bernal García es factible colegir el carácter y el fin retributivo de las sumas reconocidas a la demandante, en la medida en que puso de presente que dependían no solo del tipo de proyecto sino de las horas asignadas para su desarrollo, es decir, que se pagaban por el trabajo que realizaba la demandante como docente investigadora y no por los gastos adicionales que se podían llegar a generar por esa labor, lo que se refuerza con el objeto previsto en el contrato de trabajo, en el que como se vio, la remuneración básica no incluía las horas de investigación, lo que deja sin piso el planteamiento de la llamada a juicio en el escrito de contradicción y en la alzada sobre su supuesto propósito.

De mayor relevancia para la Sala resulta que, a lo anterior, se suma el hecho de que se certificara por la misma demandada que la promotora del litigio tenía una asignación salarial mensual de \$3.686.667, que equivale al salario básico, más los auxilios que fueron excluidos; así como que la llamada a juicio los hubiera tenido en cuenta como factor del salario para liquidar las prestaciones sociales y vacaciones que fueron reconocidas hasta junio de 2016, lo que permite esclarecer su carácter salarial y su finalidad directamente retributiva del servicio.

Por lo expuesto, se **confirmará** la sentencia de primera instancia sobre el punto estudiado, y consecuentemente, el reajuste de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social condenado en primera instancia.

Descuento de salario.- Sobre este tópico se advierte que en la liquidación definitiva de prestaciones sociales, se dedujo la suma de \$2.671.200 por concepto de “descuento de horas” (pág. 92, arch. 1 y pág. 138, arch. 6), lo que justifica la demandada en que se probó que en acta de septiembre de 2017, se acordó que las personas que no cumplieran con los 300 puntos en materia de investigación, les iban a ser deducidos los valores pagados por ese concepto, como ocurrió en este caso, pues la actora no cumplió con tal disposición.

De ese modo, advierte la Sala que se arrimó Acta 186 del Plénium del 12 de septiembre de 2017 (págs. 179 a 187, arch. 6), en la que en torno a la labor de investigación de los docentes se dejó plasmado que la Directora de investigación, planteó:

“(...) En cuanto al compromiso que se solicita sea incluido en el contrato, señala que es absolutamente legal y justo, en la medida en que la Institución está invirtiendo económicamente en investigación (...)

Sugiere igualmente, que se comprometan desde el contrato con la entrega de un cronograma que contenga plan de actividades que justifique la obligatoriedad de 300 puntos por cada 4 horas; de esta manera está justificada la inversión. Investigador que no vaya cumpliendo con su cronograma respecto del puntaje asignado, es investigador que se le va quitando esa parte (...) Afirma que esta es la mejor manera de garantizar que la inversión se vea representada en lo que significa puntos para COLCIENCIAS. Es necesario que los investigadores sepan que tienen compromisos reales que cumplir, de lo contrario sus contratos se modifican (...).

La nueva directora requiere asís mismo que se reglamenten fechas de entrega, por lo que se estipula como fecha de entrega final el 15 de noviembre (...) En el contrato igualmente, señala que es importante colocar que es un contrato para un docente investigador.

A su vez, reposa Acuerdo n.º 1 del 13 de septiembre de 2017, suscrito por el presidente y la secretaria del Plénium en el que se estableció, que en reunión celebrada el 12 de septiembre de 2017, el rector puso a consideración las políticas de normatividad interna y de prospectiva económica de productos investigativos, por lo que se aprobaba que por cada cuatro horas de investigación que se le asignara a un investigador, este debía comprometerse a lograr 300 puntos de acuerdo al escalafón de Colciencias; que en el contrato se estableciera la entrega de los productos de investigación a través de un cronograma contentivo del plan de actividades que justificara la obligatoriedad de los 300 puntos por cada 4 horas; que cada cuatro semanas los investigadores realizarían los entregables; que la fecha de entrega final de los productos de investigación, sería la segunda semana de noviembre de 2017; y, que el incumplimiento de cualquiera de dichas estipulaciones, configuraría una justa causa para la cancelación del contrato del docente, afectando solamente el aspecto contractual de investigación sin perjuicio al aspecto docente (pág. 188, arch. 6).

Adicionalmente, la encartada también adosó informe del 29 de enero de 2018, emitido por Liliana Sofía Palma en calidad de directora de investigaciones de la demandada, en el que hizo constar que la demandante se encontraba vinculada como investigadora con una asignación de 6 horas semanales desde 2015 hasta el primer semestre de 2017 y a razón de 4 horas semanales de investigación en el segundo semestre de 2017; así mismo, que al hacerse la revisión del trabajo realizado por ella, no se encontró evidencia de entrega al sistema de investigaciones del informe de corte de avance 4 ni del Boletín informativo de SAGA, por lo que ninguno de los productos era válido para puntaje de Colciencias (págs. 154 a 155, arch. 6).

Y por último, se tiene que los deponentes citados por la llamada a juicio afirmaron que lo establecido por el Plénium Universitario sobre las deducciones fue socializado en reuniones en las que no les consta la participación y asistencia de la promotora del proceso; y, por su parte, los testigos pedidos en la demanda adujeron que tal determinación no fue ni socializada ni consensuada con los docentes investigadores.

Con esto, es menester recordar que de acuerdo con el criterio jurisprudencial vigente, la encartada a la terminación del contrato podía compensar obligaciones de la trabajadora, sin embargo, se debe examinar, si

realmente la gestora tenía alguna deuda con el empleador en vigencia del vínculo laboral (CSJ SL3690-2020), situación que en criterio de la Sala no se verifica en este caso, pues en primera medida se advierte que la fuente normativa en la que se funda la deducción esto es el Acuerdo n.º 1 del 13 de septiembre de 2017, no consagró que el incumplimiento del puntaje fijado por horas de investigación daba paso a descuentos sobre el salario, sino a la terminación del contrato de trabajo, y a su vez, lo indicado en el Acta 186 del 12 de septiembre anterior, no se observa como un acuerdo o una disposición vinculante al respecto pues de su texto se desprende que refería a una sugerencia realizada por la Directora de Investigación.

Y en todo caso, si se hubiera estipulado que el valor del salario estaría supeditado a las nuevas reglas que fueron propuestas en la mentada reunión, se estima que para entenderse incorporado al contrato de trabajo de la demandante, debía mediar una modificación al mismo acogida no solo por el empleador sino también por la trabajadora al constituir una variación sobre la forma de calcular la remuneración, en la que, como se vio anteriormente, no se pactaron horas de investigación.

Por lo anterior, sobre este punto también se **confirmará** la decisión apelada.

Despido indirecto.- De acuerdo con lo establecido en el parágrafo del Art. 62 del CST, modificado por el art. 7 del Decreto 2351 de 1965 *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

En torno al despido indirecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL14877-2016, recordó:

“En todo caso, es oportuno señalar que la Sala ha adocinado que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato, que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión (CSJ SL4691-2018, CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288-2018, CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 entre otras). En esta última providencia referida se indicó:

Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adocinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los

motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272)”.

Encuentra la Sala carta de renuncia del 5 de diciembre de 2017, en la que la demandante manifestó que dicha decisión obedecía a que la demandada en forma sistemática y reiterada había dejado de cancelar el salario dentro de los periodos acordados, así como por la mora de los aportes al sistema de seguridad social y debido al pago deficitario de las prestaciones sociales, vacaciones y de los aportes, derivado del hecho de haberse excluido el carácter salarial de los pagos realizados bajo la denominación de medios de transporte, auxilio de alimentación, entre otros, a pesar de que sus funciones no requerían desplazamientos fuera de la universidad, ni se le suministraban suplementos alimenticios ni dietas específicas para aumentar el rango de productividad (págs. 84 a 85, arch. 1). Afirmaciones que encuentran sustento en la causal enunciada en el numeral 6º del literal b del art. 7 del Decreto 2351 de 1965, que consiste en *“El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales”*.

Sobre el incumplimiento sistemático esgrimido por el trabajador la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado que el mismo *«(...) no se trata del simple incumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa para que el trabajador tenga un justo motivo atribuible al empleador para renunciar (...) sino que el precepto regulador de la causal precitada exige que este sea sistemático, entendiéndose con ello que debe ser regular, periódico o continuo, que apunte a demostrar que el empleador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir»* (CSJ SL9660-2014).

En este asunto, con el certificado de aportes al sistema general de seguridad social se evidencia que los de septiembre de 2016 se pagaron el 21 de diciembre de 2016, los de octubre y noviembre de 2016 el 19 de enero de 2017, los de diciembre el 25 de mayo de 2017; los de enero a octubre de 2017 el 27 de noviembre de ese año y de noviembre a diciembre de 2017 el 7 de febrero de 2018 (págs. 76 a 86, arch. 1 y págs. 165 a 179, arch. 6).

De otro lado, reposa comprobante de egreso del 25 de abril de 2018, que da cuenta del pago efectuado mediante título de depósito judicial, en el que se

estableció que la suma consignada correspondió a \$3.509.707 de la nómina de octubre de 2017, \$3.509.707 de la nómina de noviembre de 2017 y \$2.149.782 de la liquidación final (pág. 139, arch. 6); y, se arrimaron comprobantes de pago de nómina de febrero de 2017, efectuado el 22 de marzo (pág. 199, arch. 6); de las nóminas de marzo y abril llevado a cabo el 18 de mayo de 2017 (pág. 200, arch. 6); de la de mayo de 2017, el 24 de junio (pág. 201, arch. 6); de junio, el 3 de agosto de 2017 (pág. 202, arch. 6); de julio de 2017, el 12 de octubre (pág. 204, arch. 6); de agosto de 2017, el 21 y 29 de noviembre (pág. 205 y 206, arch. 6); de septiembre de 2017, el 30 de enero de 2018 (pág. 207, arch. 6) y de octubre y noviembre de 2017, el 25 de abril de 2018 (pág. 208, arch. 6).

De esta manera, se tiene que la documental arrimada demuestra las causas invocadas en la dimisión, ya que aun cuando como se afirma en el recurso, la encartada finalmente pagó a la gestora los salarios causados, y efectuó los aportes al sistema general de seguridad social, no llega a demostrar en modo alguno las afirmaciones en las que respalda las supuestas razones válidas por las que inobservó las obligaciones patronales a su cargo, pues aunque la deponente Ana Julia Ríos Quiroga dijo que la tardanza se debía a la demora en el pago por parte del Icetex de los créditos concedidos a los estudiantes, lo cierto es que dicha tardanza, por demás prolongada, particularmente en el pago de los aportes al sistema de seguridad social y el pago de la remuneración mensual luego de haber transcurrido varios días o meses después de su exigibilidad, esto es al vencimiento de cada mes (pág. 36 a 37, arch. 1 y págs. 57 a 60, arch. 6), se verificó no solo en un interregno o de manera ocasional, sino por poco más de un año, tanto así que a la finalización del vínculo aún se debían los aportes y salarios de octubre y noviembre de 2017.

Tampoco, es atendible el razonamiento de la encartada atinente a que la renuncia de la trabajadora se fundó en motivos distintos a los esgrimidos en la carta de terminación del contrato, particularmente en el hecho relativo a que aquella sabía que el incumplimiento de sus productos de investigación desembocaría en el descuento de las horas que se habían pagado por ese concepto, pues no existe ningún elemento de convicción que soporte esa afirmación, esto es, que las razones fueron diferentes a las invocadas en la dimisión y porque lo que está objetivamente demostrado y no parte de

suposiciones, es el incumplimiento sistemático de la empleadora en el pago oportuno de los conceptos antes referidos.

Por lo anterior, se **confirmará** la condena impuesta en primera instancia por ese concepto.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.- Para establecer la procedencia de las indemnizaciones materia de debate, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual y de no consignar las cesantías a un fondo en el término legalmente establecido, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016 y CSJ SL572-2021).

En este caso, respalda la llamada a juicio que su conducta se ha ajustado a los postulados de la buena fe, porque al finalizar la relación laboral pagó las prestaciones sociales con base en el salario pactado, y debido a que la trabajadora durante la vigencia del vínculo no expresó inconformidad alguna y que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado en los eventos en los que se reconoce una diferencia respecto del salario base de liquidación del auxilio de cesantías, con ocasión de una nivelación salarial, no procede el pago de la indemnización aludida.

No obstante, en criterio de la Sala tales razones no pueden ser acogidas para exonerarla de la indemnización y la sanción analizadas, en la medida en que se demostró que el pago deficitario de las prestaciones sociales se debió a que en vigencia del contrato de trabajo se pretendió desnaturalizar un pago que esencialmente hacía parte de la contraprestación directa de los servicios de la convocante como docente investigadora y que en realidad no tenía como propósito financiar los gastos que eventualmente pudieran derivarse de la parte investigativa a su cargo, pues era reconocido indistintamente tanto a trabajadores que tenían bajo su responsabilidad dicha función, como a los que no la tenían. A eso se suma, la deducción efectuada por la encartada de la liquidación final del vínculo, la cual, como quedó establecido, no estaba

soportada en ninguna deuda u obligación a cargo de la promotora del proceso, sino que se basó en una decisión unilateral e injustificada que se adoptó al momento de liquidar el contrato de trabajo.

De otro lado, se considera desacertado el argumento del apelante, relativo a que al no haber presentado reclamo en vigencia del contrato, la demandante avaló tales situaciones, pues la obligación que tienen los empleadores de pagar de manera completa las acreencias a su cargo opera por imposición de la ley; y, no se estima atendible la referencia que se hace a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual además de no haber sido citada de manera concreta, sobre el punto tratado no es aplicable a la jurisdicción ordinaria laboral.

En consecuencia, la sentencia apelada se mantendrá incólume. Sin costas en esta instancia 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 20 de abril de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas.

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

(en uso de permiso)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EudWwvfO5qhOpsDa_N27B-sBxt8oYrJNmYJS2FJa7m1qAw?e=hg5f9o

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: 3500a8d6fc318c51880266f6cd9ff8473c460925f75a18224f60cc88f3d3df34

Documento generado en 30/05/2023 11:24:15 AM

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

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