LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ESPECIAL FUERO SINDICAL PROMOVIDO POR **AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P.** CONTRA **MARIO PLAZAS ORTIZ** VINCULADO **SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS PUBLICOS DEL SERVICIO PUBLICO DE ASEO DE AGUAS BOGOTA – SINTRASEO AB.**

RADICADO: 11001 3105 019 2019 00834 01

Bogotá D. C., Trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia expedida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de agosto de 2023, en la que se ordenó el levantamiento del fuero sindical del señor Mario Plazas Ortiz y se autorizó su despido.

I. ANTECEDENTES

Formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de una justa causa de terminación del contrato de trabajo existente entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y el señor Mario Plazas Ortiz, en consecuencia se levantara el fuero sindical del que gozaba el trabajador como miembro suplente de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores y Empleados del Servicio Público de Aseo de Aguas de Bogotá – SINTRASEO AB y se autorizara a la empresa terminar con justa causa el contrato de trabajo suscrito entre las partes.

Fundamentaron sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que celebró con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Convenio Interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 para realizar actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y actividades complementarias en la ciudad de Bogotá "Proyecto Aseo"; que el anterior convenio finalizó el 11 de febrero de 2018, cuando acaeció el vencimiento de su última prórroga; que el último contrato de trabajo con el señor Mario Plazas, se suscribió el 15 de junio de 2013, bajo la modalidad de duración de la obra o labor supeditado a la vigencia del convenio interadministrativo mencionado para ocupar el cargo de operario de barrido o de recolección; que el 11 de febrero de 2018, le comunicó al trabajador la terminación del contrato por obra o labor por la expiración de la labor para la que había sido contratado.

Igualmente, señaló que el señor Plazas pertenecía a SINTRASEO AB como directivo suplente en el cargo de Secretario de Educación y bienestar social; que el mismo inicio acción de tutela con la finalidad de ser reintegrado en virtud del fuero sindical y la inexistencia de autorización judicial para terminar el contrato; que en fallo de tutela expedido el 12 de abril de 2018, el Juez 5 Civil Municipal de Bogotá ordenó reintegrar al demandado en un cargo igual, similar o en mejor condición al poseído y ordena el pago de los salarios y aportes al SGSS y que mediante acta de cumplimiento del 23 de abril de 2018, se reintegró al señor Mario Plazas.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

En audiencia celebrada el 12 de julio de 2023, se tuvo por no contestada la demanda y la reforma de la demanda[1] presentada.

III. DECISIÓN DEL JUZGADO

En audiencia del 3 de agosto de 2023, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> ***"PRIMERO: ORDENAR*** *el levantamiento del fuero sindical del señor MARIO PLAZAS ORTIZ C.C. 79.755.226, Secretario de educación y bienestar social del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DEL SERVICIO PUBLICO DE ASEO DE AGUAS BOGOTA S.A. E.S.P. ESP DC "SINTRASEOAB", conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: AUTORIZAR*** *el despido del señor MARIO PLAZAS ORTIZ a la sociedad demandante AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P. NIT 830.128.286-1*
>
> ***TECERO: CONDENAR*** *en costas al demandado y a favor de la demandante. Tásense por Secretaría.*

[1] La reforma tuvo por objeto adicionar pruebas.

> ***CUARTO**: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta*

Como fundamento de su decisión, el juzgado señaló que no existía controversia respecto a los contratos que se habían suscrito entre Aguas Bogotá S.A. E.S.P. y el señor Mario Plazas, siendo el ultimo el suscrito por duración de la obra o labor contratada, así como tampoco existía discusión respecto del fuero sindical ostentado por el trabajador como secretario de Educación y Bienestar Social de SINTRASEO AB, conforme se desprendía de las documentales allegadas y la declaratoria de confeso de la que fue objeto.

Acto seguido, procedió con la revisión del contrato de trabajo, destacando que el mismo se condicionó a la existencia del contrato interadministrativo suscrito con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. No. 809 de 2012, advirtiendo que en la carta de terminación del contrato se informó sobre la finalización del contrato de trabajo en razón de la terminación del convenio interadministrativo, así se mencionó que al revisar el convenio se encontró que el mismo tuvo 21 adiciones y/o prorrogas, siendo la última del 15 de enero de 2018, en la que se indicó que se prorrogaría el plazo por 28 días hasta el 12 de febrero de 2018, de lo que resultaba claro que el nexo laboral estaba sujeto a la ejecución del contrato interadministrativo, sin que las diversas modificaciones efectuadas al mismo cambiaran la naturaleza del contrato.

Subsiguientemente, indicó que el despido al que se refiere el artículo 405 del C.S.T. corresponde a la manifestación unilateral del empleador de rescindir el contrato de trabajo, situación que distaba de la situación ocurrida en este caso, pues si lo que acaecía era la terminación del contrato por vencimiento del plazo que las partes acordaron al celebrarlo, no existía prohibición alguna y en consecuencia, tampoco obligación de solicitarse autorización como se colegía de lo expuesto en el artículo 411 del C.S.T. y lo dispuesto en la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L., destacándose que si bien no se desconocía lo dispuesto en el artículo 410 ibídem, lo cierto era que la expiración del plazo pactado si bien no podía enmarcarse en una justa causa, se trataba de una terminación prevista en la ley conforme al artículo 61 del C.S.T., en esa medida como el trabajador fue reintegrado a partir del 23 de abril del año 2018, con ocasión del fallo de tutela expedido por el Juzgado Quinto Civil Municipal, se dispuso el levantamiento del fuero sindical y la autorización para despedir.

IV. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en este caso se requería autorización judicial para despedir al señor Mario Plazas Ortiz dada su condición de aforado.

En primer lugar, resulta pertinente acudir a la norma que consagra el fuero sindical, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que este concede, para lo cual

acudimos al artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 1o. del Decreto Legislativo 204 de 1957), que dispone:

> "Se denomina "fuero sindical" **la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos**, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, **sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo."** (Subrayas y negritas fuera de texto).

De conformidad con la norma citada se tiene que el fuero sindical comprende entre otros la garantía para algunos trabajadores de no ser despidos sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo, debiéndose tener en cuenta en todo caso que esta garantía no ha sido concebida para la protección de derechos individuales sino que busca el amparo del derecho de asociación sindical, tal y como se ha determinado por la Corte Constitucional en Sentencia C-240 del 15 de marzo de 2015 y en esa medida de manera secundaria se generan protecciones individuales en el caso de los representantes sindicales bajo el entendido que con ello se protege la libertad de acción de los sindicatos.

Precisado lo anterior, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes se suscribieron 2 contratos, el primero a término fijo inferior a un año que tuvo 2 prorrogas y estuvo vigente entre el 15 de diciembre de 2012 y el 14 de junio de 2013 y el segundo un contrato por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada, que fue suscrito el 15 de junio de 2013, para desempeñarse como operario de recolección y/o barrido y ii) que el señor Mario Plazas Ortiz, ostentaba la condición de aforado como miembro suplente de junta directiva de la

organización sindical SINTRASEOAB, conforme se acredita con la documental allegada al proceso, la conducta desplegada por las partes y especialmente por no haber sido objeto de inconformidad alguna.

Igualmente, debe mencionarse que el señor Mario plazas Ortiz, si bien fue desvinculado por la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., el 11 de febrero de 2018, en razón a la terminación del convenio interadministrativo 809 de 2012, lo cierto es que el mencionado trabajador fue reintegrado en el mes de junio de 2018 por la demandada en virtud de la orden proferida por el Juzgado 5 Civil Municipal de Bogotá D.C., dentro del trámite de la acción de tutela No. 2018 – 131, en los siguientes términos:

"(…)

> En consecuencia, se ordenará a la accionada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., que en el término de 48 horas, contadas al recibo de la comunicación del presente fallo, proceda a reintegrar laboralmente al señor Mario Plazas Ortiz al cargo que venía desempeñando en iguales condiciones a las que regían su relación laboral o, en su defecto, a asignarle un cargo igual o mejor al que tenía previo a su despido. Asimismo, deberá pagarle los salarios y aportes que dejó de devengar durante su desvinculación y afiliarlo al Sistema General de Seguridad Social (EPS, ARP y Fondo de Pensiones), todo ello hasta tanto no se inicie y agote el respectivo trámite ante el Juez de Trabajo, para solicitar la calificación de la causa legal para poner fin a su contrato.

(…)".

Descendiendo en el análisis, debe anotarse que en el contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre las partes, se contemplaba una cláusula en la que se indicaba que el término de duración del contrato estaba condicionado a la existencia del convenio interadministrativo No. 809 de 2012

celebrado entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., evidenciándose además que el trabajador recibió una comunicación en la que se le informó que en razón a la terminación del convenio interadministrativo 809 de 2012, era imposible la continuidad de la relación laboral y por tanto al finalizar la jornada laboral día 11 de febrero de 2018 se daba por terminado en forma legal el contrato.

Por su parte, el convenio interadministrativo suscrito entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P, el 4 de diciembre de 2012, establece lo siguiente:

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 1-07-10200-0809-2012 DE 2012 SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÀ E.S.P. Y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP.

Entre los suscritos, **DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA**, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía número 79.145.084 de Bogotá, quien actúa en calidad de representante legal de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P.**, quien en adelante se denominará **LA EMPRESA**, por una parte, y **MARIO ÁLVAREZ ULLOA,** mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía número 19.342.752 de Bogotá, quien actúa en su calidad de representante legal de **AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P.**, sociedad constituida por escritura pública número 0001931 de la Notaría 35 del Círculo Notarial de Bogotá D.C., otorgada el día dos (02) de Julio de dos mil tres (2003), debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, el día veintinueve (29) de Septiembre de dos mil tres (2003), de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual se anexa a este contrato y quien para los efectos de este contrato se denominará **AGUAS DE BOGOTA**, hemos celebrado el Contrato Interadministrativo de Operación previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

(…)

37. Que la suscripción del presente contrato pretende que AGUAS DE BOGOTÁ E.S.P. se encargue únicamente de la realización de actividades operativas de la prestación del servicio público de aseo y actividades complementarias, como quiera que la dirección comercial, técnica, administrativa y financiera estará en cabeza de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

(…)

CLÁUSULAS

PRIMERA. – OBJETO: El objeto del contrato es realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C, bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP.

PARAGRAFO PRIMERO.- LA EMPRESA, en cumplimiento del Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012 suscrito con la UAESP, se encargará de la dirección comercial, técnica, administrativa y financiera necesaria para la prestación del servicio de aseo y actividades complementaria en la ciudad de Bogotá D.C.

PARÁGRAFO SEGUNDO. – Las actividades operativas a cargo de **AGUAS DE BOGOTA** se encuentran enmarcadas por las actividades descritas en el Reglamento Técnico y Operativo, Resolución 151 de 2012, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos.

(…)

CUARTA. – DURACIÓN Y PLAZO DE EJECUCION: el presente contrato tendrá un plazo de ejecución de **CUATRO (04) MESES Y CATORCE (14) DÍAS**, contados a partir del dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012) hasta el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), de acuerdo al acta de inicio suscrita por las partes. No obstante lo anterior, este contrato estará vigente desde la fecha de perfeccionamiento hasta su liquidación.

(…)"

De igual forma, conviene mencionar que el anterior contrato fue objeto de más de 20 modificaciones, dentro de las que se prorrogó la duración del contrato en múltiples ocasiones, estableciéndose en el otrosí No. 21 la prórroga del plazo de duración y una adición en su valor de la siguiente forma:

"(…)

CLÁUSULAS: PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en **VEINTIOCHO (28) DÍAS CALENDARIO**, esto es hasta el **12 de Febrero de 2018** y adicionar su valor en la suma de **DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL PESOS ($16.973.317.000) M/CTE**, para un valor total del contrato de **SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEIS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS ($635.006.083.440) M/CTE.**

(…)".

Visto lo anterior, surge la inquietud si en este caso era posible efectuar una vinculación laboral bajo la modalidad de contrato por obra o labor entre la actora y Aguas Bogotá S.A.

E.S.P., sobre el particular lo primero que debe anotarse es que de acuerdo con lo contemplado en el artículo 45 del CST, tratándose de los contratos de trabajo por obra o labor, se exige una formalidad correspondiente a que la obra o labor sea determinada, ello quiere decir, que tenga unas características bien definidas que permitan establecer cuándo se entiende finalizada la obra o labor.

Así mismo, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL4936-2021, señaló que la naturaleza de la labor es solo uno de los criterios que permiten establecer este tipo de contratación "duración de la obra o labor" sin que fuera exclusivo o excluyente y sin que las funciones a desempeñar tuvieran la virtualidad de restarle validez al acuerdo, puntualizando que en el evento en que el contrato se hubiese pactado por tiempo determinado con un plazo o fecha de finalización cierta y no condicionada, esto es, sin la determinación de un plazo posible o probable se estaría en frente de otro contrato esto es a término fijo de lo contrario se estaría frente a un contrato por duración de la obra o labor.

Acto seguido, se resaltó en la sentencia aludida que en el caso bajo estudio el contrato se convino por la duración de la labor contratada, la cual estaba supeditada o ligada a la ejecución de las obligaciones en el contrato de prestación de servicios suscrito por Aguas Bogotá S.A. E.S.P., con el contratante precisando que aunque la labor se estimó hasta cierta fecha tal mención no lo convertía en un contrato de trabajo a término fijo, con fecha de terminación cierta, ni anulaba la condición prevista en el acuerdo, ya que su

duración era determinable al estar sujeta a la permanencia de la obra o la labor contratada.

Atendiendo el criterio jurisprudencial antes expuesto, se tiene que el contrato por obra o labor suscrito con el señor Mario Plazas, podía estar sujeto o condicionado a la ejecución de las obligaciones adquiridas en el convenio interadministrativo suscrito entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P, el 4 de diciembre de 2012, que se traducen en la realización de actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en la ciudad de Bogotá, de manera que en este caso si era viable efectuar una vinculación laboral mediante contrato por duración de la obra o labor, independientemente del tiempo en el que se extendiera la ejecución dado que a pesar que el convenio se extendió en el tiempo la duración del contrato de trabajo era determinable.

Así las cosas y toda vez que la terminación de la obra o labor contratada[2] obedece a una causa legal y objetiva para la terminación del contrato de trabajo, se tiene que conforme a lo expuesto en el artículo 411 del C.S.T. modificado por el artículo 9 del Decreto 204 de 1957, *"La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada (…) no requiere previa calificación judicial de la causa en ningún caso."* y considerando lo expuesto por nuestro órgano de cierre en sentencia STL9153-2014, en donde se señaló que la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador

[2] Literal d del artículo 61 del C.S.T. (artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 50 de 1990.)

con fuero sindical no podría extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado en tanto que lo que se prohíbe es el despido y esto no se trasgrede cuando el contrato termina por modos legalmente establecidos, razones que nos llevan a concluir que en estos eventos no se requería calificación judicial previa para poder proceder con la terminación de los contratos y por tanto habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de agosto de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARCO ALBERTO PEDRAZA MOLINA contra CONJUNTO RESIDENCIAL MIRADOR DE SUBA – PROPIEDAD HORIZONTAL Radicación No. 11001-31-05-017-**2018-00467**-02.

Bogotá D. C. veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia del 11 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra el demandado antes referido para que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad a término indefinido entre el 6 de noviembre de 2015 y el 1 de agosto de 2016; que se pactó como remuneración la suma de $1.300.000; que el demandado adeuda los valores por concepto de aportes en salud y en pensión durante toda la relación laboral y que debe el salario del día 1 de agosto de 2016. En consecuencia, solicita que se condene al demandado al pago de $43.333 por concepto de salario del día 1 de agosto de 2016; por concepto de vacaciones la suma de $483.888; por primas de servicios y auxilio de cesantías la suma de $967.777 por cada prestación laboral; por intereses a las cesantías la suma de $86.454; por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de $2.166.660; por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST la suma de $25.350.000 la cual aumentará hasta la fecha en que se verifique el pago; las costas procesales; *"los honorarios del abogado y todas las erogaciones necesarias para el impulso del presente proceso"*.

2. Como sustento de sus pretensiones, el demandante manifiesta que se vinculó laboralmente con el demandado dentro de los extremos antes mencionados; que inicialmente el demandado le entregó una copia del contrato de trabajo sin firma

del Consejo de Administración; que, posteriormente, el 1 de mayo de 2016 las partes suscribieron un nuevo contrato de trabajo a término fijo por tres (3) meses el cual fue suscrito por Juan Pablo Sánchez en representación del empleador; que laboró de forma personal atendiendo las órdenes que impartía el Consejo de Administración del Conjunto demandado y cumpliendo el horario establecido por el empleador; que el 1 de agosto de 2016 el demandado dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa; que no le pagaron el salario del último día trabajado; que el empleador no pagó los aportes al sistema integral de seguridad social en salud y en pensión; ni tampoco le fueron pagadas las cesantías ni las primas de servicios durante todo el tiempo de la relación laboral.

3. La demanda se presentó el 10 de abril de 2018 (pág. 52 PDF 01); mediante auto de fecha 24 de septiembre de 2018 el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C. la inadmitió concediendo un término de cinco (5) días para subsanar las deficiencias señaladas. Cumplido lo anterior, con auto del 28 de enero de 2019, el juzgado la admitió y ordenó notificar al demandado. La notificación personal del demandado se cumplió el 11 de marzo de 2019 (pág. 76 PDF 01).

4. El demandado, por intermedio de apoderado, contestó la demanda el 26 de marzo de 2019, con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Frente a los hechos en que se soporta la demanda indicó que no eran ciertos; aclaró que el demandante prestó sus servicios durante los extremos señalados en la demanda a través de un contrato de prestación de servicios, de manera independiente, sin subordinación ni dependencia; que la suma pagada como retribución de sus servicios fue a título de honorarios; que no realizó las labores descritas en la demanda y nunca cumplió un horario como quiera que *"iba al conjunto residencial 3 días a la semana a diferente hora"*; por último, aclara que no adeuda ninguna de las acreencias laborales que se solicitan en la demanda como aportes en salud y pensión, cesantías y primas de servicios, como quiera que nunca existió un contrato de trabajo. Propuso en su defensa como excepción previa la de compromiso o cláusula compromisoria y como excepciones de fondo las que denominó de la siguiente manera: *i)* inexistencia de la relación laboral alegada, *ii)* inexistencia de contrato verbal de trabajo, *iii)* cobro de lo no debido, *iv)* temeridad o mala fe, y la *v)* genérica (pág. 77 PDF 01).

5. Con auto del 19 de junio de 2019 se tuvo por contestada la demanda, y se convocó a las partes para la celebración de las audiencias contempladas en los artículos 77 y 80 del CPTSS, el 12 de septiembre de 2019, fecha en la cual no se pudo realizar la diligencia por causa de la jornada de protestas de los empleados del Edificio Nemqueteba. Con auto del 18 de noviembre de 2019 se reprogramaron las audiencias antes mencionadas para el 13 de febrero de 2020; en esta fecha se adelantó la audiencia obligatoria de conciliación, se decidió la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria, negando la prosperidad de la misma; se concedió el recurso de apelación interpuesto frente a dicha decisión por el

apoderado de la demandada ante el Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Laboral y se suspendió la diligencia hasta tanto se resolviera el recurso concedido. Mediante providencia del 16 de septiembre de 2020, dicha corporación confirmó la decisión adoptada por el juez frente a la excepción previa propuesta (pág. 137 PDF 01); y con auto del 3 de junio de 2021 el juzgado de conocimiento convocó a las partes para continuar con el trámite correspondiente el 2 de septiembre de 2021. En esta fecha se agotaron las demás etapas consagradas en el artículo 77 del CPTSS, se instaló la audiencia de que trata el artículo 80 ibidem, se practicaron los interrogatorios de parte y el testimonio del señor Inocencio Cuellar Quesada; se suspendió la diligencia para continuar con el trámite el 11 de noviembre de 2021; en esta oportunidad se practicó el testimonio de Erika Giovanna Roa Rodríguez, se cerró el debate probatorio, se escuchó a los apoderados de las partes en alegatos de conclusión y se profirió la sentencia que puso fin a la primera instancia (Archivos 04 y 05).

6. El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021, declaró probadas las excepciones de inexistencia de relación laboral y cobro de lo no debido, absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante fijando las agencias en derecho en $300.000. Para adoptar esta decisión, luego de citar los artículos 22, 23, 24 del CST, y el artículo 53 de la Constitución Política, indicó que en el expediente reposan varias pruebas que demuestran que el demandante prestó sus servicios personales en favor del demandado, lo que en principio, permite dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del CST; sin embargo, indicó que las pruebas también permitieron desvirtuar esta presunción, pues demostraron que esa prestación del servicio se realizó de forma autónoma y sin subordinación alguna. Se refirió a las documentales aportadas para indicar que en las mismas se observa que el consejo de administración formuló sugerencias y controló el cumplimiento de las actividades del demandante en virtud de las facultades de control legal que este ente tiene asignadas sobre el ejercicio del administrador, sin que tal circunstancia implique el ejercicio de subordinación; de igual manera se apoyó en los testimonios para concluir que el demandante no cumplía un horario determinado y realizaba las funciones asignadas de acuerdo con la disponibilidad de su tiempo (Archivo 05).

7. Frente a la anterior decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación; en este solicita se revoque totalmente la sentencia del; en concreto dijo: *"Apelamos la decisión expuesta por el Despacho; tenemos por un lado que el juzgado tiene presente la presunción, en principio tiene presente la presunción de subordinación que lleva implícita la prestación personal del servicio, es decir, el señor Marco prestó sus servicios de manera personal en el conjunto residencial; tenemos entonces la presunción de subordinación que conlleva la prestación personal del servicio. Ahora, el señor juez para desvirtuar o para avalar la respuesta de la contraparte como capaz de desvirtuar esta presunción de subordinación, tenemos que el juzgado tiene presente que*

el señor trabajó en un contrato, pero en ninguna parte el señor juez preguntó sobre el horario que tenía este señor, en un lugar donde era música, arte, y este tipo de cosas; no se sabe en qué horario trabajaba él; sin embargo, el censor tiene esto como una prueba fehaciente de que él era autónomo, y me parece que esto constituye un error de hecho y un error en la apreciación probatoria, porque el testimonio del señor Inocencio Cuéllar Quesada es un testimonio muy claro, donde queda claro que se trató de revestir una relación que era de tipo laboral, se le trató de dar las formas con contrato de prestación de servicios, órdenes de cobro, todo este tipo de cosas para disfrazar la relación de tipo laboral como si fuese un contrato de prestación de servicios, y miremos que el contrato de prestación de servicios implica una plena autonomía y resulta que el hecho de que el señor Marco Pedraza trabajara en la administración con elementos de la administración no era propiamente un indicio de esta autonomía, sino que todo lo contrario, se trata de un indicio de esta subordinación y es un indicio muy fuerte que no fue tenido en cuenta por el censor, yo no escuché que el censor argumentara en este sentido, en favor del trabajador, lo que veo es un esfuerzo por argumentar en favor de la empresa, desconociendo que estos bienes con los que trabajaba el administrador eran propiedad de la administración. También se trata de darle relevancia a una cuenta de cobro cuando justamente estas son las formalidades de las que habla la Constitución, que no deben estar por encima de la realidad sustancial del contrato, tenemos un contrato de prestación de servicios que no se cumple, tenemos un contrato laboral con todas sus características, tenemos un horario porque si miramos los contratos nos damos cuenta que contiene tantas funciones que es imposible que el señor sea autónomo, o sea, esto ya está decantado en la jurisprudencia que un contrato de prestación de servicios con tantas funciones simplemente es un contrato laboral que se trata de disfrazar; ahora, también se argumentó en los alegatos de conclusión sobre unas cláusulas que contienen los contratos donde dice "y las demás que se le asignen" esta cláusula que es muy importante para definir la subordinación porque dice, "y las demás que se le asignen" quiere decir "y las órdenes que se le den", eso salta a la vista, está en los contratos, no se argumenta por el censor no sé por qué, por eso digo que hay un error en la apreciación, no solo de testimonios, porque sobrevalora el testimonio de la señora Giovanna, que además fue la que se quedó con el cargo, o sea, prácticamente le quitó la butaca al señor Marcos y quedó ella como administradora y se le da una relevancia por encima del testimonio del señor Inocencio Cuéllar Rincón, que incluso se vería afectado con un fallo a favor del trabajador porque él es propietario de un bien en este conjunto, como se pudo apreciar en su testimonio. Tenemos que el testimonio del señor fue muy claro en el sentido de demostrar que el señor Marco no era autónomo, todo lo contrario, llegaban (sic) a dar órdenes incluso de manera grosera, esto quedó probado y hay que mirar el testimonio del señor Inocencio Cuéllar Rincón, ese es el testimonio clave para definir si existió autonomía, porque es que la autonomía es lo contrario de subordinación; tenemos que el señor Marco no fue autónomo, todo lo contrario, fue maltratado incluso por el Consejo de Administración, o sea, no solo se trataba de que le daban órdenes, sino que además le daban órdenes de mala manera, y esto quedó suficientemente claro en el testimonio del señor Inocencio Cuéllar Quesada. Entonces apreciamos, pues, realmente pues (sic) un fallo que nos deja realmente muy tristes y preocupados en relación con la situación de la justicia en estos momentos, donde a pesar del material probatorio allegado, los contratos con estas cláusulas que denotan la existencia de una subordinación soterrada; además, también demuestran la falta de conocimiento de quienes firman este contrato, no dándose cuenta de que este contrato conlleva cláusulas que dan un indicio de que se trataba de una relación subordinada de parte del señor Marco. Repito, esta cláusula donde dice, "y las demás que se le asignen" es una cláusula que obviamente nos habla de órdenes, y en el testimonio del señor Inocencio nos damos cuenta de que no solo se dan órdenes, sino que también se maltrata al trabajador dándole

órdenes, exigiéndole cumplimiento de órdenes, exigiéndole cumplimiento de funciones. También queda claro allí que lo buscaban hasta en la casa a las 10:00 de la noche, son cosas que debieron haber sido tenidas en cuenta a la hora de fallar. También tenemos pues que el artículo 53 de la Constitución nos habla del principio de realidad, no nos habla de un principio de realidad de las formas, nos habla de un principio, porque es que eso es lo que estaba, digamos lo que está pasando aquí es que se está tratando de hablar de la realidad de los documentos, o sea, se le da relevancia a una cuenta de cobro cuando justamente se trata el principio de realidad de los contratos, se trata justamente de poner por encima de todas estas formalidades lo sustancial de la relación; entonces tenemos una relación que era prestada personalmente, que la prestaba en la administración, tenía que ir a este lugar; hay un testimonio que habla de que habla claramente y muy coherentemente de la falta de autonomía, lo cual se traduce en subordinación. Entonces tenemos que la primacía de la realidad sobre las formalidades, es lo que es el principio, o sea, en esto consiste el principio de realidad, que es a todas estas formas, llámelo cuenta de cobro, llámelo contrato de prestación de servicios, a esas formalidades se debe oponer el principio o la primacía de la realidad, cosa que no hace el sensor desconociendo el material probatorio aportado, testimonios, contratos, y demás documentación que aparece allí que dan prueba de esta falta de autonomía. No entendemos de dónde se considera suficiente la argumentación de la contraparte de la parte demandada en el sentido de que desvirtúa la presunción de subordinación ¿Cómo se va a dejar de presumir la subordinación cuando tenemos que trabajar en el lugar, que tiene que cumplir un horario? lo probamos con los testimonios, que hay unas formas que no obedecen a la realidad de la relación jurídica que se dio allí, o sea, una relación de tipo laboral; tenemos subordinación, falta de autonomía, tenemos horario, él tenía que cumplir horario, las mismas funciones establecidas en los mismos contratos de prestación de servicio, estas meras formalidades contienen funciones que el señor Marco debe cumplir, que nos indica que la presunción de subordinación es cierta. En los contratos, si analizamos lingüísticamente de manera lógica los contratos, cada una de las cláusulas, de allí se desprende la falta de autonomía del administrador, trabajaba con bienes de la administración y le pagaban un salario; fuera de esto, lo acosaban, o sea, hay pruebas testimoniales del acoso de las órdenes dadas de mala manera, entonces pues yo veo que aquí hay un problema de apreciación probatoria bastante complicado. La sujeción al horario; tenemos que el trabajador Marcos Pedraza laboró para la demanda de manera personal, cumpliendo un horario de trabajo. Esto se evidencia a través de 2 medios de prueba, por un lado, las documentales obrantes a folios 23, 24 y 25, correspondientes al contrato en su cláusula tercera, en la cual se demanda, "atendiendo las funciones del trabajador, le impone hacer un control de asistencia personal que trabaja en la copropiedad, atender a quienes requieran su atención y servicio, realizar gestiones necesarias para las áreas para que las áreas comunes de la copropiedad se encuentren siempre en buen estado de mantenimiento", esto implica subordinación, no se apreció. Por otro lado, en la declaración del testigo, Inocencio Cuellar, esta señala que Marco tenía que estar presente para controlar asistencia de personal que trabajaba en la copropiedad de las 7:00 de la mañana y salida de estos a las 4:00pm, según el presidente del Consejo, Don Marco tenía que estar en la oficina el mayor tiempo posible conforme a lo dicho por el testigo Inocencio Cuéllar; se puede concluir que Marco Pedraza estaba sometido a un horario, en el entendido de que las pruebas señalan obligaciones que debían ser cumplidas en determinados espacios de tiempo, como el control de asistencia de 7 a 4, disponibilidad total, ya que requería estar disponible para atender y servir a quienes lo requerían y frecuencias de su labor, porque el contrato menciona que debía realizar las gestiones necesarias para que las zonas comunes siempre estuviesen en buen estado; eso está en los contratos. Esta conclusión también encuentra estribo en las proposiciones declaradas por parte del testigo Inocencio Cuéllar, en las que

señala que don marco debía controlar la asistencia personal y que por orden del Presidente, Don Marco, debía estar el mayor tiempo posible en la oficina para poder cumplir con sus labores".

8. Recibido el expediente digital, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, admitió el recurso de apelación mediante auto del 14 de enero de 2022; luego, con auto del 31 de enero de 2022, dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión; concurrió únicamente el demandante. Indica, a través de su apoderado, que las funciones asignadas en el contrato celebrado son demasiadas y esto, a su juicio, es indicativo de la existencia de un contrato laboral; de igual manera, indica que no se valoró en debida forma el testimonio del señor Inocencio Cuellar Quesada pues con el mismo se demuestra la subordinación a la que estuvo sometido y también los hechos constitutivos de acoso laboral.

9. El 10 de noviembre de 2022 se envió el expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: *i)* dilucidar si entre las partes contendientes existió un contrato de trabajo en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política; y de ser así, *ii)* determinar si al demandante le asiste el derecho a cada una de las acreencias laborales que reclama en la demanda.

Planteada de esta forma la controversia, debe considerarse la definición de contrato de trabajo señalada en el artículo 22 del CST y los 3 elementos esenciales que deben concurrir y que se encuentran dispuestos en el artículo 23 ibidem, a saber: *i)* la actividad personal del trabajador, *ii)* la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, *ii)* un salario como retribución del servicio. Para la acreditación de estas circunstancias debe recordarse que el artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, impone una carga para las partes dentro del proceso, indicando que incumbe a las mismas probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En otras palabras, deben probar los hechos que alegan para que el juez profiera sentencia a su favor. De allí que en esta clase de controversias, es decir

cuando la parte demandante alega la existencia de un contrato de trabajo, está obligada a acreditarlo.

El llamado contrato realidad emerge del artículo 53 de la Constitución Política como un principio fundamental del derecho laboral, y desciende al artículo 24 del CST como una presunción legal. Cabe recordar que este artículo establece como presunción que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo. De acuerdo con esa pauta, y con base en ese mismo artículo 167 del CGP a la parte actora le basta demostrar la prestación personal del servicio. Una vez demostrada ésta, inmediatamente se invierte la carga de la prueba, pues le corresponde al demandado desvirtuar esa presunción legal que surge en cabeza del demandante. Es decir, en este punto el accionado deberá demostrar que esa prestación personal del servicio se hizo de forma autónoma e independiente, o en virtud de un contrato de naturaleza distinta a uno laboral, sin que sea suficiente la simple alegación en tal sentido, sino acreditándolo con prueba firme y sólida.

Desde luego que al demandante no solo le corresponde demostrar la prestación personal de un servicio, sino los extremos temporales en que el mismo se desarrolló y el salario percibido, pues obviamente las prestaciones y derechos que corresponden al trabajador implican la definición de los periodos en que los mismos se causaron y la retribución del servicio prestado para así establecer cuál es su cuantía. Esto es así pues incluso cuando se acreditan las circunstancias que dan lugar a la presunción del artículo 24 del CST, resulta imperativo demostrar los demás elementos de juicio que le permitan al operador de justicia proferir una condena favorable.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la discusión se centra en determinar el tipo de vínculo que unió a las partes en contienda, sea lo primero decir que, como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 4143-2019, sobre las modalidades contractuales que aquí se debaten por haberse establecido de esta manera en los escritos de demanda y contestación de la demanda *"el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para "exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato"* (Subraya la Sala).

Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de

recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, en este tipo de vinculación no está vedada una adecuada coordinación en la que eventualmente se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo, sin que deje de anotarse que el cumplimiento estricto de una jornada si bien no es concluyente a la hora de inferir el contrato de trabajo, sí es un importante indicio. Desde esa perspectiva, la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que: *"cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación"* (Subraya la Sala) (CSJ SL 4143-2019). Tal contrato no tiene que constar por escrito, su existencia puede ser verbal y lo importante es que se acredite la independencia o autonomía con que se prestaron los servicios, o que estos se realizaron en virtud de una relación diferente a la laboral.

Como la discusión se centra en el alcance que debe darse a las pruebas del proceso, es pertinente tener muy en cuenta los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, que dispone que el juez no está sujeto a tarifa legal, y por tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. De manera que al analizar los medios demostrativos propiamente dichos el juez no debe perder de vista las circunstancias relevantes del pleito ni la conducta procesal observada por las partes.

Como marco normativo adicional, es pertinente tener en cuenta que la Ley 675 de 2001, estatuye algunas directrices, al respecto, entre estas resulta de interés destacar que según el artículo 38, *"La asamblea general de propietarios es el órgano de dirección de la persona jurídica que surge por mandato de esta ley, y tendrá como funciones básicas las siguientes: **1. Nombrar y remover libremente al administrador y a su suplente cuando fuere el caso, para períodos determinados, y fijarle su remuneración…**"* (resaltos no son del original).

De los estrictos términos de la citada norma parecería excluirse que puedan ser vinculados por contrato laboral, pues utiliza la expresión remoción libre, propia de aquellos servidores públicos sujetos a libre discrecionalidad del nominador y que no tiene una figura equiparable en el sector particular o privado, ni resulta usual en este. En ese mismo orden de ideas, el artículo 50, parágrafo 2º dispone: *"En los casos de conjuntos residenciales, y edificios y conjuntos de uso mixto y comercial, quien ejerza la administración directamente, o por encargo de una persona jurídica contratada para tal fin, deberá acreditar idoneidad para ocupar el cargo, que se demostrará en los términos del reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional."*

De la norma trascrita se desprende con absoluta claridad que tal cargo puede ser desempeñado por una persona natural o jurídica, lo que afianzaría la tesis de exclusión de contrato de trabajo, por cuanto obviamente se trataría de una labor que no debe ser ejecutada necesariamente por una persona física.

Pero, aún más, el parágrafo 3º del mismo artículo, prescribe: *"El Gobierno Nacional podrá disponer la constitución de pólizas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los administradores de edificios o conjuntos de uso comercial, mixto o residencial. En todo caso, el monto máximo asegurable será equivalente al presupuesto de gastos del edificio o conjunto para el año en que se realiza la respectiva designación"*

Norma también ajena al ámbito laboral, y que encaja más bien en las nociones de relaciones civiles o comerciales.

Ahora, el artículo 51 de la citada norma, dispone como funciones del administrador *"1. Convocar a la asamblea a reuniones ordinarias o extraordinarias y someter a su aprobación el inventario y balance general de las cuentas del ejercicio anterior, y un presupuesto detallado de gastos e ingresos correspondientes al nuevo ejercicio anual, incluyendo las primas de seguros. 2. Llevar directamente o bajo su dependencia y responsabilidad, los libros de actas de la asamblea y de registro de propietarios y residentes, y atender la correspondencia relativa al edificio o conjunto. 3. Poner en conocimiento de los propietarios y residentes del edificio o conjunto, las actas de la asamblea general y del consejo de administración, si lo hubiere. 4. Preparar y someter a consideración del Consejo de Administración las cuentas anuales, el informe para la Asamblea General anual de propietarios, el presupuesto de ingresos y egresos para cada vigencia, el balance general de las cuentas del ejercicio anterior, los balances de prueba y su respectiva ejecución presupuestal. 5. Llevar bajo su dependencia y responsabilidad, la contabilidad del edificio o conjunto. 6. Administrar con diligencia y cuidado los bienes de dominio de la persona jurídica que surgen como consecuencia de la desafectación de bienes comunes no esenciales y destinarlos a los fines autorizados por la asamblea general en el acto de desafectación, de conformidad con el reglamento de propiedad horizontal. 7. Cuidar y vigilar los bienes comunes, y ejecutar los actos de administración, conservación y disposición de los mismos de conformidad con las facultades y restricciones fijadas en el reglamento de propiedad horizontal. 8. Cobrar y recaudar, directamente o a través de apoderados cuotas ordinarias y extraordinarias, multas, y en general, cualquier obligación de carácter pecuniario a cargo de los propietarios u ocupantes de bienes de dominio particular del edificio o conjunto, iniciando oportunamente el cobro judicial de las mismas, sin necesidad de autorización alguna. 9. Elevar a escritura pública y registrar las reformas al reglamento de propiedad horizontal aprobadas por la asamblea general de propietarios, e inscribir ante la entidad competente todos los actos relacionados con la existencia y representación legal de la persona jurídica. 10. Representar judicial y extrajudicialmente a la persona jurídica y conceder poderes especiales para tales fines, cuando la necesidad lo exija. 11. Notificar a los propietarios de bienes privados, por los medios que señale el respectivo reglamento de propiedad horizontal, las sanciones impuestas en su contra por la asamblea general o el consejo de administración, según el caso, por incumplimiento de obligaciones. 12. Hacer efectivas las sanciones por incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley, en el reglamento de propiedad horizontal y en cualquier reglamento interno, que hayan sido impuestas por la asamblea general o el Consejo de Administración, según el caso, una vez se encuentren ejecutoriadas. 13. Expedir*

el paz y salvo de cuentas con la administración del edificio o conjunto cada vez que se produzca el cambio de tenedor o propietario de un bien de dominio particular. 14. Las demás funciones previstas en la presente ley en el reglamento de propiedad horizontal, así como las que defina la asamblea general de propietarios".

Finalmente, el parágrafo del artículo 51 establece: *"Cuando el administrador sea persona jurídica, su representante legal actuará en representación del edificio o conjunto"*

Disposición que reafirma que esas funciones pueden ser desempeñadas por una persona jurídica.

De todas formas, a pesar de esas normas, este Tribunal ha considerado que dado el carácter normativo superior del artículo 53 de la C.P. cuando se alegue que un administrador es en realidad un trabajador, se hace necesario entrar a dilucidar si se está ante un contrato realidad, máxime si se tiene en cuenta que en razón de la autonomía de la voluntad de los contratantes nada impide a una copropiedad vincular a su administrador a través o por medio de un contrato de trabajo.

Hechas esas precisiones, la Sala debe señalar que la decisión adoptada por el a quo no resulta ajena a lo probado con los medios de convicción allegados al expediente como se pasa a exponer a continuación. En primer lugar, el juez se refirió a la demanda y la contestación de la demanda para señalar que las partes no controvierten el hecho que el demandante prestó sus servicios en favor de la copropiedad demandada entre el 6 de noviembre de 2015 y el 1 de agosto de 2016, tal como se afirmó en varios de los hechos. La diferencia que encontró el a quo consiste en que mientras el demandante afirma que se vinculó a través de un contrato de trabajo, el demandado asegura que el vínculo que los ató fue un contrato de prestación de servicios.

Para corroborar tales afirmaciones el juez se remitió a las pruebas documentales aportadas y encontró que con el escrito de la demanda se allegó un documento denominado *"Contrato de servicios"* de fecha 7 de noviembre de 2015 suscrito por el demandante como contratante (representando a la copropiedad), y a su vez como contratista; y un documento denominado *"Contrato de prestación de servicios"* de fecha 1 de mayo de 2016 suscrito entre el demandante y Juan Pablo Sánchez en representación del demandado; también se encuentra la comunicación de fecha 27 de julio de 2016 a través de la cual el consejo de administración de la copropiedad demandada le informa al demandante que el contrato de prestación de servicios como administrador termina el 1 de agosto de 2016. Teniendo en cuenta estos documentos y lo manifestado por las partes en los escritos de demanda y contestación de la misma, la Sala, en principio, llega a la misma conclusión adoptada por el juez, esto es, que el demandante prestó sus servicios personales en favor de

la copropiedad demandada durante los extremos señalados en el escrito de la demanda; incluso, cabe señalar que el hecho de que el propio demandante haya firmado el primer contrato ostentando ambas calidades (contratista-contratante) tal circunstancia no invalida la prestación efectiva del servicio, como quiera que la demandada al contestar la demanda reconoció que aquel sí laboró en las fechas antes referidas.

Pero obviamente los documentos no son suficientes para determinar la naturaleza de la relación, pues precisamente el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, parte de considerar que no basta lo que las partes pacten en un documento, sino que es necesario observar lo ocurrido en los hechos pues si hay una disconformidad entre las dos esferas, debe darse prevalencia a lo sucedido en la praxis. Se hace necesario entonces para la Sala analizar las pruebas que el demandante afirma no fueron correctamente valoradas y que, a su juicio, dan cuenta de la subordinación a la que estuvo sometido, para establecer si existió un contrato de trabajo.

En primer lugar, debe señalarse que el quo al haber encontrado acreditados los presupuestos para dar aplicación a la presunción del artículo 24 del CST, procedió a analizar los documentos obrantes en el expediente a fin de determinar si el demandado desvirtuó tal presunción. Para tal efecto, se refirió a las diferentes comunicaciones de los miembros del consejo de administración dirigidas al demandante para indicar que *"lo allí consignado corresponde a unas sugerencias y a un control de la actividad sin que pueda entenderse entonces que el simple ejercicio de esa facultad que se atribuye al consejo de administración pueda tener connotaciones de órdenes o instrucciones o reglamentos que se imponen al administrador del conjunto"*. Al revisar estas comunicaciones, la Sala encuentra que, en efecto, a través de las mismas el consejo de administración le solicitó al demandante rendir informes sobre diferentes temas relacionados con la copropiedad como el número de tanques, bombas y registros; sobre los contratos vigentes; gastos; estados financieros; acuerdos de pago realizados con copropietarios morosos; planillas de asistencia del personal de aseo, todero y mantenimiento; estado actualizado de pago de los impuestos; seguros y cheques. De allí que, contrario a lo expresado por el apoderado del demandante en el recurso de apelación, deba concluirse que el consejo de administración estaba actuando bajo los parámetros establecidos en la Ley 675 de 2001, específicamente en lo dispuesto en los artículos 36 y 51 de esta norma, en el cual se establece que la dirección y administración de la persona jurídica corresponde a la asamblea general de propietarios, al consejo de administración, y al administrador del edificio o conjunto.

Por consiguiente, no es válido entender que estas pruebas documentales, por sí solas, reflejen el ejercicio del poder subordinante mediante la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento con relación al modo, tiempo y

cantidad de trabajo que debía ejecutar el demandante, pues tal interpretación no se desprende de las mismas; tampoco se acredita con estas pruebas la imposición de un horario de trabajo o que las funciones asignadas se hubiesen ejecutado bajo la continuada subordinación propia de las relaciones laborales. Y es que la supervisión por parte del consejo de administración mediante la solicitud de informes semanales o mensuales, es una práctica admisible dentro de los contratos de prestación de servicios como parte de la coordinación y control del cumplimiento de las obligaciones contractuales, y con mayor razón cuando no se advierte que dicha vigilancia haya desbordado su finalidad al punto de convertirse en subordinación.

Con relación a las funciones asignadas al actor, la Sala encuentra que en el contrato de prestación de servicios suscrito el 1 de mayo de 2016, específicamente en la cláusula tercera, se pactaron las obligaciones del contratista en las cuales se enlistaron todas aquellas funciones señaladas en el artículo 51 ya citado; disposición que regula las funciones de los administradores de las copropiedades. Incluso, en el numeral 14 de esta norma se dispuso que, como parte de las funciones del administrador, se encuentran *"las demás funciones previstas en la presente ley, en el reglamento de propiedad horizontal, así como las que defina la asamblea general de propietarios"*; por lo que no resulta válido el reparo señalado por el apoderado del demandante al indicar que cuando se pactó en el contrato de trabajo como función *"las demás que se le asignen"* se estaba frente a un contrato de trabajo toda vez que dicha expresión conlleva implícita la potestad de dar órdenes, interpretación que no comparte la Sala, por cuanto la asignación de nuevas funciones no implica también la subordinación a través de directrices precisas que indiquen la forma en que se deben ejecutar.

Ahora, si bien es cierto que en el contrato se incluyeron algunas funciones adicionales como *"presentar al consejo de Administración con anterioridad de un mes o más la documentación requerida para la contratación de un servicio, unas compra (sic) o varias compras (…); realizar las gestiones tendientes a recuperar la cartera de morosos (…); presentar todos y cada uno de los meses previo pago de los honorarios un informe integral por escrito al CONTRATANTE (indicador de gestión) de su gestión correspondiente al mes que se paga (…); pagar oportunamente todas las obligaciones que tiene el Conjunto Residencial (…)"* entre otras, la Sala encuentra que estas funciones guardan relación con las enlistadas en el artículo 51 ibídem, e incluso algunas simplemente resultan ser más específicas con relación a los asuntos propios de la copropiedad aquí demandada; luego entonces, no es dable concluir, como lo pretende el apoderado del demandante que por la cantidad de funciones asignadas el contrato celebrado corresponde a uno de carácter laboral, pues las funciones estipuladas en el contrato de prestación de servicios guardan identidad con aquellas establecidas en la ley para los administradores de edificios o conjuntos.

Lo antes dicho tampoco denota en modo alguno que el actor ejecutara el objeto contractual del negocio jurídico celebrado con la copropiedad bajo su continua

subordinación o dependencia o que no pudiera actuar con autonomía e independencia, pues solo se trata de la descripción de las labores que debía ejercer en desarrollo de lo establecido en la Ley 675 de 2001, en concordancia con lo que dispusiera el consejo de administración cuya función, como órgano directivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 ibídem, implica también *"tomar las determinaciones necesarias en orden a que la persona jurídica cumpla sus fines, de acuerdo con lo previsto en el reglamento de propiedad horizontal"* y, por tanto, darlas a conocer a quien ejerce la administración para que dicha persona las ejecute.

Las funciones desempeñadas por el accionante, también fueron ratificadas por los testimonios de Inocencio Cuellar Quesada y Giovanna Roa, quienes manifestaron que como administrador debía encargarse de la atención a los residentes, la recuperación de cartera, poner al día la contabilidad, el mantenimiento y conservación de la copropiedad, así como el control y manejo del personal de aseo y vigilancia; respecto de esta última función, la Sala encuentra que, si bien ambos testigos manifestaron que el demandante debía estar presente en las instalaciones de la copropiedad a las 7:00am y las 4:00pm para registrar el ingreso y la salida del personal de aseo y vigilancia, ninguno de los testigos indicó que se le hubiese impuesto un horario determinado; por el contrario, la testigo Roa precisó que dicha función la asumió directamente el actor y agregó: *"entonces él* [Marco Alberto Pedraza] *llegaba temprano, hacía firmar como (sic) la llegada y listo, él se iba a hacer lo que tenía que hacer y en la tarde estaba pendiente de cuando salieran para que firmaran al salir"*; en el mismo sentido la testigo indicó que cuando el demandante no estaba, ella era quien cumplía con la función de controlar la llegada o la salida del personal y los hacía firmar, de suerte que, tampoco es dable afirmar que el demandante siempre estuvo en la copropiedad a las 7:00am y a las 4:00pm para cumplir tal función, o que esta carga le hubiese sido impuesta.

Por su parte, el testigo Cuéllar precisó en sus manifestaciones que el presidente del consejo de administración habría sido quien le indicó al demandante que debía estar pendiente de las consultas de los copropietarios para que les indicara el monto de las deudas u obligaciones insolutas, pero también aclaró que lo que se le indicó era que *"necesitaba que estuviera el mayor tiempo posible"* sin que se le haya impuesto un horario determinado, pues es natural que por la naturaleza del servicio que prestaba como administrador, tuviera que atender las solicitudes de los copropietarios directamente en la oficina del edificio.

De suerte que para la Sala el hecho que el demandante destinara un tiempo específico, incluso de forma diaria, para atender todos los asuntos que implicaban la administración de la copropiedad, entre ellos la atención de residentes y el control del personal de aseo y vigilancia, lógicamente requieren la presencia en las instalaciones de la propiedad horizontal; pero de modo alguno, se advierte que

estuviera sujeto al cumplimiento estricto de un horario o que se le impusiera algún tipo de sanción por su no cumplimiento. Para la Sala también resulta importante considerar que el accionante vivía en la propiedad horizontal, pues así lo expresaron los dos testigos, lo que a su vez, justificaría el hecho de que lo vieran frecuentemente en las instalaciones de la misma, circunstancia que de ninguna manera implicaría de forma concluyente que todo el tiempo que permanecía en la copropiedad estaba en ejercicio de sus funciones como administrador.

De otro lado, se advierte que el testigo Cuellar expresó en varias de sus respuestas que el demandante sí se encontraba sometido a órdenes porque el consejo de administración lo convocaba a reuniones semanales para revisar las labores adelantadas, y en las cuales también se realizaba un *"listado de acciones"* que aquel debía hacer para la siguiente semana considerando que el objeto del contrato celebrado abarcaba las funciones allí estipuladas más aquellas que el consejo de administración le impusiera. Para la Sala, estas afirmaciones resultan ser apreciaciones y percepciones subjetivas del testigo, ya que de su propio dicho confrontado con las pruebas documentales aportadas, se puede inferir objetivamente que dichas acciones no corresponden a otra cosa más que a la coordinación armónica que debe presentarse entre el consejo de administración y el administrador designado para el cabal ejercicio de sus funciones en aras de mantener el buen funcionamiento de la copropiedad.

Otro de los aspectos analizados por el juez corresponde a las cuentas de cobro presentadas por el actor y los comprobantes de pagos de honorarios, señalando que estos documentos evidencian la forma común en la que se reclama el pago en un contrato cuya naturaleza es distinta a uno laboral. En efecto, al revisar tales probanzas la Sala advierte que al demandante se le reconocía un pago por el servicio prestado bajo el concepto de honorarios, más no de salario, lo cual, aunque por sí mismo no resulta ser una prueba innegable de la existencia de un contrato de naturaleza civil, en armonía con los demás medios probatorios ya analizados, sí permite ratificar la existencia de un vínculo de ese tipo.

Nótese igualmente que los testigos Cuéllar y Roa indicaron de forma unánime que la copropiedad tenía un monto mensual destinado al pago del administrador, que correspondía a la suma de $2.500.000; sin embargo, también aclararon que el propio demandante los dividía, porque así lo quiso él, con la señora Giovanna Roa, quien lo apoyaba como secretaria en varias funciones, y por sus servicios le correspondía la suma de $1.200.000. De allí que, para la Sala es claro que el demandante no cumplía con la función de administrador de manera exclusiva y excluyente bajo una continua subordinación jurídica característica del contrato laboral, sino, por el contrario, lo que se advierte es la prestación de un servicio de forma independiente, en el cual

trabajó de forma mancomunada con la señora Giovanna Roa, al punto de dividir el pago de honorarios con ella.

Cabe resaltar que el hecho indicado por el apoderado del demandante al sustentar el recurso de apelación, relacionado con las herramientas de trabajo que utilizaba el demandante para prestar sus servicios, tampoco es suficiente para deducir el contrato de trabajo. Si bien jurisprudencialmente se ha considerado que los contratistas independientes deben utilizar sus propias herramientas para cumplir con las funciones contratadas, no es menos cierto que en determinados casos tal regla debe flexibilizarse, como en este evento particular, en el que es válido que recurran a herramientas que son de propiedad del contratante, más aún cuando se trata de temas relacionados con la administración de una copropiedad, para los que se requiere bases de datos, estados de cuentas, cuentas financieras, inventarios, balances, presupuestos, entre otros.

Por tanto, para la Sala es claro que el demandante debía hacer uso de las herramientas y las bases de datos en donde reposaba toda la información de la copropiedad demandada con el fin de conocer el estado actual de la misma y cumplir con las funciones propias del administrador. En este punto, cabe resaltar que la testigo Giovanna Roa manifestó que el demandante utilizaba principalmente el computador de la copropiedad para trabajar, situación que no necesariamente conlleva a declarar la existencia de un contrato de trabajo, pues es entendible que tuviera que hacer uso del mismo si allí reposaba la información de la copropiedad, así como cualquier otro archivo que se encontrara en la oficina dispuesta para el administrador.

Finalmente, no sobra recordar que la subordinación como elemento característico del contrato de trabajo ha sido entendida como la *"aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente"* (CSJ SL RAD. 6258 de 1994; SL 4020 de 2022); de allí que con elementos de convicción aquí estudiados se descarta la existencia de una subordinación como elemento característico del vínculo laboral, y, como consecuencia de ello, tampoco se derruye la conclusión del juez relativa a que el convocado a juicio logró desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del CST, motivo por el cual no queda otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia.

Así queda resuelto el recurso de apelación.

Costas de ambas instancias a cargo del demandante; se tasan las agencias en derecho de esta instancia en 1 SMLMV como quiera que el recurso no prosperó.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

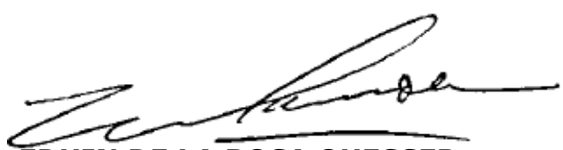
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 11 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de MARCO ALBERTO PEDRAZA MOLINA contra CONJUNTO RESIDENCIAL MIRADOR DE SUBA – PROPIEDAD HORIZONTAL de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

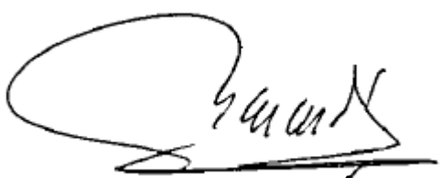
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del accionante porque el recurso no prosperó, se tasan las agencias en derecho en 1 SMLMV.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *"al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes"*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FLOR MARÍA ARCOS RAMÍREZ contra CARMEN BERENICE DE LEÓN DE LINAJE como propietaria del establecimiento de comercio CAPILL FASHION PELUQUERÍA y VICENTE FELIPE LINAJE ROMERO Radicación No. 11001-31-05-011-**2018-00005**-01.

Bogotá D. C. veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante contra la sentencia del 28 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra los demandados antes referidos para que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido por el período comprendido entre el 4 de septiembre de 1999 y el 30 de junio de 2016, que terminó por decisión unilateral de *"la demandada"*; que sufrió un accidente de trabajo el 8 de septiembre de 2008 y otro el 31 de mayo de 2016, este último *"por falta de señalización"*; que el actuar de los empleadores le causó graves perjuicios; que la afiliaron a una ARL pero a través de una cooperativa; que los demandados deben sufragar los gastos asistenciales que asumió después de los accidentes de trabajo tales como *"asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica, servicio de hospitalización, suministro de medicamentos, servicios de servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, prótesis órtesis, rehabilitación física y profesional, y gastos de traslado"*; subsidiariamente solicita que se declare la existencia de los contratos que se logren demostrar dentro del proceso. En atención a las anteriores declaraciones, solicita que los demandados sean condenados a pagar las vacaciones, cesantías y sus intereses, primas de servicios; dotaciones; aportes al sistema de seguridad social en salud y en pensión durante todo el tiempo trabajado; las prestaciones derivadas de los accidentes de trabajo, subsidios por incapacidad temporal y permanente parcial; la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST; la indemnización consagrada en la Ley 361 de 1997; los intereses

moratorios contemplados en el artículo 65 del CST; la indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; *"al pago de las indemnizaciones, que debería cubrir los sistemas de seguridad social si hubiera sido debidamente afiliado"*; *"las pensiones, que debería cubrir el sistema de seguridad social si hubiera sido debidamente afiliado"*; *"las indemnizaciones por incapacidad permanente parcial propia del sistema de riesgos profesionales, el cual debe asumir las demandadas por no estar debidamente afiliado a una ARL"* (sic); lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales; subsidiariamente a la indemnización por despido sin justa causa, solicita que se condene al reintegro por haber sido despedida en estado de debilidad manifiesta.

2. Como sustento de sus pretensiones, la demandante manifiesta que celebró un contrato de trabajo verbal con los demandados dentro de los extremos antes señalados; que inició trabajando como auxiliar de peluquería sirviendo tintos, barriendo el negocio, haciendo el aseo, lavando cabezas de los clientes del negocio entre otras; que cumplía un horario de trabajo de 6:00am a 8:00pm con una hora de almuerzo y tenía un día de descanso que generalmente era el jueves; que el demandado Felipe Linares la llevó al banco Colpatria para abrirle una cuenta de ahorros y *"para reconocer el esfuerzo y dedicación durante este primer año de trabajo, realizado en Capital Fashion Peluquería"*; que el salario inicialmente pactado fue de $300.000 y por varios años fue pagado a través de Megabanco; que en el año 2007 abrió una cuenta en el banco de Bogotá y luego en el año 2015 abrió una cuenta en el banco Caja Social en donde los demandados consignaban el salario.

Afirma que fue afiliada a la EPS Humana Vivir en el año 2000 a través del establecimiento de comercio Capill Fashion Peluquería; que los demandados contrataron a la empresa Colprosperar ONG para realizar el pago de los aportes al sistema general de seguridad social; que la enviaban a realizar cursos de belleza los cuales eran de obligatorio cumplimiento; que con ocasión de los mismos fue ascendida al cargo de estilista en el cual atendía los clientes asignados por los demandados para realizar los servicios que prestaba el salón de belleza: hacía peinados, tinturas de cabello, cortes de cabello y en general todas las actividades que se ofrecen en este tipo de negocios; que recibía órdenes de los demandados; que en el año 2016 tenía un salario promedio de $800.000 y que para ausentarse del trabajo tenía que pedir permiso a la cajera del establecimiento quien a su vez, los pasaba a la señora Carmen Berenice de León para que los aprobara. Refiere que debía hacer turnos en otros establecimientos que también eran de propiedad de los demandados; que usaba un uniforme que era entregado por la demandada, y en caso de no usarlo podía ser sancionada hasta por 3 días; que recibió *"bonificaciones salariales consistentes en un porcentaje a libertad de sus empleadores"*; que fue sancionada por 3 días por llegar tarde después de la hora de almuerzo y por no usar el uniforme de forma completa; que los empleadores expidieron varias certificaciones durante el periodo trabajado a través de las cuales manifestaban

que se encontraba vinculada por medio de contratos de prestación de servicios o de concesión de espacio; afirma que el presunto contrato de arrendamiento nunca se dio pues siempre trabajó como empleada; que jamás recibió dineros por su cuenta y tampoco pagó un arriendo; que el 3 de mayo de 2016 *"siendo las 12 del día en su sitio de trabajo se tropezó con la escalera como consecuencia se fracturó el hueso metatarso"*; que como consecuencia de lo anterior fue incapacitada y acudió nuevamente al trabajo el día 30 de junio de 2016 *"no siendo aceptada por sus patronos procediendo a despedirla"*; que citó a los demandados a una audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo en la que manifestaron no tener ánimo conciliatorio.

3. La demanda se presentó el 19 de diciembre de 2017 (PDF 06); mediante auto de fecha 3 de abril de 2018 el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dispuso devolverla concediendo un término de cinco (5) días para subsanar las deficiencias señaladas. Cumplido lo anterior, con auto del 12 de julio de 2018, el juzgado la admitió y ordenó notificar a los demandados (PDF 09). La diligencia de notificación frente a los demandados se cumplió el 4 de septiembre de 2018 (PDF 11).

4. La **demandada** Carmen Berenice de León de Linaje contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra; manifestó que nunca celebró un contrato de trabajo con la demandante; por el contrario, aseguró que se vincularon a través de varios contratos comerciales de concesión de espacio, en virtud de los cuales aquella, siendo trabajadora independiente con experiencia y estudios técnicos en peluquería, tenía derecho al uso y goce de un espacio físico dentro del establecimiento de comercio Capill Fashion Peluquería *"en el cual ejercía de manera liberal e independiente, con sus propios equipos y herramientas de trabajo, su oficio como peluquera o estilista"*. En cuanto a los hechos en que se soporta la demanda reconoció como cierto que expidió una certificación en favor de la demandante en la cual indicó que se había vinculado a través de un contrato de concesión de espacio desde el 12 de septiembre de 2010 y que el 17 de agosto de 2016 se llevó a cabo una audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, en la cual solicitó el aplazamiento; frente a los demás hechos indicó que algunos no eran ciertos, no le constaban o eran ciertos parcialmente. Propuso en su defensa como excepciones de fondo las que denominó de la siguiente manera: *i)* inexistencia de la obligación, *ii)* mala de de la demandante, *iii)* falta de legitimación en la causa por pasiva, *iv)* falta de causa para pedir, *v)* compensación, *vi)* prescripción, *vii)* cobro de lo no debido y, *viii)* la genérica (PDF 13).

5. El **demandado** Vicente Felipe Linaje Romero contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; en cuanto a los hechos en que se soporta la misma, manifestó que no eran ciertos o que no le constaban y aclaró que nunca ha tenido ningún contrato de trabajo con la

demandante, ni de ninguna otra clase o naturaleza. Propuso en su defensa como excepciones de fondo las que denominó de la siguiente manera: *i)* inexistencia de la obligación, *ii)* mala de de la demandante, *iii)* falta de legitimación en la causa por pasiva, *iv)* falta de causa para pedir, *v)* compensación, *vi)* prescripción, *vii)* cobro de lo no debido y, *viii)* la genérica (PDF 13).

6. Con auto del 2 de abril de 2020 se tuvo por contestada la demanda por parte de los demandados, y se convocó a las partes para la celebración de la audiencia contemplada en el artículo 77 del CPTSS, el 6 de agosto de 2019; en esta fecha se agotaron todas las etapas consagradas en esta norma; la apoderada de la parte demandante presentó tacha de falsedad frente a los documentos obrantes a folios 197, 198 a 201, 208, 209 y 211 a 213 del expediente y una solicitud de amparo de pobreza; de igual manera, la apoderada de los demandados presentó incidente de desconocimiento frente a las documentales obrantes a folios 95 a 101 y 105 del expediente; ambos incidentes fueron admitidos por el juez quien ordenó requerir al Instituto de Medicina Legal para realizar las pruebas correspondientes y verificar las firmas que contienen dichos documentos; se convocó a las partes para el 29 de octubre de 2019 para continuar con la audiencia de trámite y juzgamiento contemplada en el artículo 80 del CPTSS, la cual no se realizó en esa fecha como quiera que el titular del Despacho fue convocado a realizar el escrutinio de las elecciones del 27 de octubre de 2019; la audiencia mencionada se realizó el 5 de febrero de 2020 en la cual se practicaron los interrogatorios de parte y los testimonios de las señoras Martha Cecilia Malambo, Katty del Carmen Gómez y Gloria María Linaje de León; en esa oportunidad ambas apoderadas desistieron de los incidentes interpuestos en la primera audiencia, por lo que se cerró el debate probatorio, se escucharon los alegatos de conclusión y se suspendió la diligencia para que tuviera lugar su continuación el 28 de abril de 2021; en esta fecha se profirió la sentencia que puso fin a la primera instancia y se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante (Archivo 39).

7. El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 28 de abril de 2021, absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, mala fe de la demandante, falta de causa para pedir y cobro de lo no debido; condenó en costas a la demandante fijando las agencias en derecho en $500.000.

8. Respecto de la anterior decisión, la apoderada de la **demandante** interpuso recurso de apelación; en este solicita se revoque la sentencia del juez; sustentando su recurso de la siguiente manera: *"… esta apoderada difiere de la lectura que usted le da a la probatoria que allegó dentro del presente proceso; en primer lugar, teniendo en cuenta pues que las pruebas son del proceso y pertenecen al proceso, si bien la parte demandante no*

logró allegar al despacho las testimoniales que se habían solicitado dentro de la probatoria de la demanda, si bien es cierto es que esta apoderada interrogó en interrogatorio de parte, valga la redundancia, a los demandados y contrainterrogó a los testigos que la parte demandada presentó ante esta demanda, y de conformidad con esa práctica de esas pruebas si tengo una lectura completamente diferente a la que su despacho le dio y el valor que le dio a dichos testimonios en cuanto a lo siguiente: es importante tener en cuenta que su fallo se centra en la documental que allegó la demandada, es decir, en el contrato que mencionó o nombró como contrato de arrendamiento de inmuebles en el establecimiento de Comercio Peluquería Capill-Fashion y al que le puso el número 011, ese es un formato y todos tienen ese número, ese contrato no fue reconocido por mi representada cuando se le puso de presente dichos documentos, ella no reconoció allí su firma y de los otros otrosí que continúan que no tienen ni siquiera fecha, hay algunos que no tienen ni la firma de mi representada y hay unos que no coincide la firma, a simple ojo se ve que no es la firma de ella. Si bien su despacho hizo el análisis del presente caso basado únicamente en esa prueba, es importante tener en cuenta que cuando se le hizo el interrogatorio de parte a las demandadas, esta apoderada logró la confesión por parte de ellos en cuanto a que, si bien pues es importante tener en cuenta que el contrato laboral, como bien su despacho lo indicó, contiene los 3 elementos de prestación personal del servicio, subordinación y un pago por ello; quedó probado allí la subordinación, porque la prestación personal de servicio está de hecho probada, porque la reconocieron efectivamente la señora de forma personal prestaba el servicio allí en esta peluquería como estilista y la parte del pago también quedó probada con las documentales de las consignaciones de nómina que ellos hacían; la subordinación es la que se logró probar con la confesión del interrogatorio que se le hizo a las partes, esa confesión consistió en que ellos indicaron que daban con bonificaciones por el buen servicio que prestara la estilista, es así que cuando esta apoderada les exhibió del expediente las tirillas con las cuales se indicaba bonificación por los servicios prestados la señora Berenice las reconoció e indicó que efectivamente eran bonificaciones que se pagaban por prestar un buen servicio; también confesó allí que ella le concedía permisos para salud, para eventos que ella tenía que hacer, que ella le daba esos permisos; también confesó que le llamaba la atención a la demandante cuando no hacía bien su trabajo y, dentro de la probatoria documental se allegaron unas certificaciones en donde ella indicaba que certificaba que ella trabajaba por contratos de prestación de servicio de obra, una figura que pues no supo explicar, después dijo que se había equivocado, sin embargo, lo que se puede observar es que a la ligera, pues se hicieron estas documentaciones; también confesó que se consignaba ese salario a en una cuenta bancaria y todas estás confesiones fueron corroboradas por los testigos que ellos mismos trajeron al despacho en la que se indicaban (sic) que la manera como se organizaba el trabajo para que ella pudiera cumplir sus turnos y era una asignación de los clientes que iban llegando a la peluquería, es decir, doña Flor María no tenía la oportunidad de escoger sus clientes, los clientes llegaban a la peluquería y la peluquería los iba asignando a sus estilistas, razón por la cual no se puede evidenciar que ella tenía una autonomía, como dice el tal contrato de arrendamiento, porque si yo arriendo un sitio, yo puedo decir cuáles son mis clientes, los que yo voy a atender y no estar supeditada a que por un turno la peluquería me los asigne, entonces en ese sentido hay una subordinación, hay una limitación, hay una organización de parte del empleador que solamente le permite a su empleado obedecer, entonces dada así las cosas no se desvirtúa por parte de la demandada que no se trataba de un contrato de trabajo y si, al contrario, se puede probar por parte de esta apoderada que se trataba de un contrato de trabajo, y sin embargo, dentro de las preguntas que se dieron a los testigos ellos indicaron que ellos sí tenían un contrato de trabajo, es decir, al parecer, allí la única persona que no tenía contrato de trabajo era la señora Flor María. De otro lado, su señoría no valoró otras documentaciones, otras pruebas

documentales que se encontraban en la demanda, por ejemplo, no valoró la certificación de riesgo laborales expedida por Axa Colpatria Seguros Vidas (sic), en la que indica que en la empresa que afilia es una Cooperativa Cooperar Colombia, de la cual también se hizo una pregunta dentro del interrogatorio de parte, no valoró una circular informativa suscrita por el señor Felipe Linaje en la que da indicaciones de control a mi representada, no valoró certificaciones del contrato de concesión con fecha de expedición el 29 de noviembre del 2012, de cara al contrato suscrito en 1999, no valoró una constancia de pago de aportes al sistema de Seguridad Social en salud expedido por Sanitas y el certificado de afiliación, no valoró la entrega de nuevos carnets de afiliación EPS Humana Vivir enviados a la señora Flor María, ni el carné de afiliación EPS en la que se evidencia que el empleador es Fashion Capi peluquería, ni los extractos bancarios de Megabanco, del Banco de Bogotá, ni la autoliquidación consolidada de planilla de aportes, ni la certificación de nómina del Banco Caja Social, ni los comprobantes de nómina expedidos por Capi Fashion peluquería, ni el calendario de corte y pago de nómina de establecimiento, ni las tirillas de liquidación, ni certificación de cursos de peluquería, que eran documentos que también probaban el elemento subordinación que su despacho echó de menos. En ese orden de ideas y de exposición de la mirada que yo le doy a las pruebas, es por lo que yo solicito a su despacho que me conceda este recurso de apelación para que sea el Tribunal que valore el interrogatorio de parte que allí se hizo a los dos demandados y el contrainterrogatorio a los testigos, a fin de que se revoque su sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda; olvidé también mencionar lo de la historia clínica que también aparece allí como prueba documental".

9. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 21 de septiembre de 2021 (PDF 03); luego, con auto del 4 de octubre de 2021, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión; no concurrió ninguna de las partes. Por último, mediante auto de fecha 16 de agosto de 2022 se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022 (PDF 06).

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: *i)* dilucidar si entre las partes contendientes existió un contrato de trabajo en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política; y en caso de encontrarse acreditada tal circunstancia *ii)* establecer si la demandante le asiste el derecho a cada una de las pretensiones que reclama en la demanda en virtud del contrato de trabajo.

Planteada de esta forma la controversia, debe considerarse la definición de contrato de trabajo señalada en el artículo 22 del CST y los 3 elementos esenciales que deben concurrir y que se encuentran dispuestos en el artículo 23 ibidem, a saber: *i)* la actividad personal del trabajador, *ii)* la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, *ii)* un salario como retribución del servicio. Para la acreditación de estas circunstancias debe recordarse que el artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, impone una carga para las partes dentro del proceso, indicando que incumbe a las mismas probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En otras palabras, deben probar los hechos que alegan para que el juez profiera sentencia a su favor. De allí que, en esta clase de controversias, es decir cuando la parte demandante alega la existencia de un contrato de trabajo, y la demandada se opone y lo niega, surge el contrato realidad.

El llamado contrato realidad emerge del artículo 53 de la Constitución Política como un principio fundamental del derecho laboral, y desciende al artículo 24 del CST como una presunción legal. Recordemos que este artículo establece como presunción que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo. De acuerdo con esa pauta, a la parte actora le corresponde demostrar la prestación personal del servicio; una vez demostrada esta, inmediatamente se invierte la carga de la prueba, pues le corresponde al demandado desvirtuar esa presunción legal que surge en cabeza del demandante, sin que para ello sea suficiente la simple alegación en tal sentido, sino acreditándolo con prueba firme y sólida.

Desde luego que a la demandante no solo le corresponde demostrar la prestación personal de un servicio, sino los extremos temporales en que el mismo se desarrolló y el salario percibido, pues obviamente las prestaciones y derechos que corresponden al trabajador implican la definición de los periodos en que los mismos se causaron y la retribución del servicio prestado para así establecer cuál es su cuantía. Esto es así pues incluso cuando se acreditan las circunstancias que dan lugar a la presunción del artículo 24 del CST, resulta imperativo demostrar los demás elementos de juicio que le permitan al operador de justicia proferir una condena favorable.

Como la discusión en el presente asunto se centra en el alcance que debe darse a las pruebas del proceso, es pertinente tener muy en cuenta los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, que dispone que el juez no está sujeto a tarifa legal, por tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. De manera que al analizar los medios demostrativos propiamente dichos, el juez no debe perder de vista los elementos esenciales señalados en la norma.

Pues bien, desde ya la Sala advierte que tiene razón la apelante en los errores que le endilga al a quo, en la medida que de un análisis objetivo de las pruebas practicadas durante el juicio, se observan dos circunstancias: *i)* que la demandante logró acreditar la prestación personal del servicio en el establecimiento de comercio Capill Fashion Peluquería de propiedad de la demandada Carmen Berenice de León de Linaje, lo que a su vez, permite que surja a su favor la presunción contemplada en el artículo 24 del CST, contrario a la conclusión del juez; *ii)* que esa presunción no fue desvirtuada, pues la prestación personal del servicio fue subordinada por parte de los demandados, quienes le impartieron órdenes y ejercieron el poder disciplinario propio de un empleador frente al trabajador.

Sobre este punto, el juez en su sentencia, indicó que las pruebas aportadas al expediente dan cuenta de la existencia de varios contratos de concesión de espacio, en virtud de los cuales la demandada Carmen Berenice de León *"en su condición de propietaria del establecimiento de Comercio Capill France (sic) entregó en concesión un espacio para que la aquí demandante, María Arcos, lo explotara al servicio, siendo estilista"*; realizó un estudio sobre las características y elementos esenciales de este tipo de contratos, para lo cual se apoyó en la doctrina nacional e internacional, pues refirió que tal figura no se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico. Afirmó que el contrato de concesión comercial *"se trata de un acuerdo mediante el cual un comerciante denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente, lo anterior para asegurar exclusivamente sobre un territorio determinado y por un tiempo limitado y bajo la vigilancia del concedente…"*. Posteriormente se refirió al contrato realidad, para lo cual mencionó los artículos 23 y 24 del CST; y seguidamente procedió a analizar algunas documentales aportadas al expediente, así como los interrogatorios de parte y los testimonios.

De lo anterior concluyó que la demandante acreditó haber prestado sus servicios en favor de los demandados, por lo que dio aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del CST; sin embargo, indicó que las pruebas analizadas demuestran que trabajaba con sus propios elementos tales como cepillos, secador, tijeras, entre otros; que era autónoma en la forma en que ejecutaba sus actividades y disponía de la atención de sus clientes, al punto que en una ocasión *"se rehusó a atender un cliente asignado que llegó en estado de embriaguez"*; que también da cuenta de esa independencia el hecho de que los clientes se quejaran del trabajo realizado por la demandante, situación que se acreditó también con los testimonios practicados.

Así mismo, se refirió a las órdenes e instrucciones que recibía la demandante, para indicar que las mismas *"eran ejercicio de la potestad del concedente, dada la naturaleza del vínculo contractual"* pues de esta manera aquel podía *"garantizar el correcto funcionamiento de su establecimiento de comercio"*; frente a los llamados de atención y sanciones indicó que no existía prueba alguna en el expediente que demostrara estas circunstancias; que el

hecho de usar un uniforme no implicaba subordinación pues tal situación obedecía a un requerimiento para *"cumplir las medidas de seguridad que deben cumplir las profesionales que llevan este tipo de servicios"*; frente a la asignación de turnos, indicó que esta circunstancia *"por sí no constituye un elemento de subordinación como quiera que se hacía de esta manera para garantizar los servicios que cada estilista prestaba de manera equitativa"*. Afirmó que, si bien se ha entendido que el horario de trabajo puede ser un indicativo de subordinación, no es un elemento concluyente, máxime cuando de las demás pruebas *"es posible determinar la autonomía e independencia en la labor desarrollada por la demandante"*; lo mismo indicó frente a los aportes al sistema general de seguridad social, señalando que estos pueden ser realizados por terceros sin que tal circunstancia implique por sí sola la existencia de una relación laboral. Todo lo anterior para concluir que *"la demandada logró desvirtuar la presunción de subordinación con el material probatorio allegado al proceso"*.

Para el análisis del primer problema jurídico, la Sala encuentra que en el expediente reposan múltiples documentos relacionados con la prestación del servicio por parte de la demandante en favor de la demandada Carmen Berenice de León de Linaje como propietaria del establecimiento de comercio Capill Fashion Peluquería, específicamente las diferentes certificaciones que emitió y suscribió esta demandada en diferentes oportunidades en las que señaló que la actora se encontraba vinculada a través de contratos de prestación de servicios de estilista profesional o mediante contratos de concesión de espacio. En el expediente se encuentran 12 certificaciones expedidas desde el 18 de septiembre de 2001 y hasta el 29 de noviembre de 2012; en las mismas se indicó el valor promedio de los ingresos mensuales que devengaba la demandante en diferentes años y algunas de ellas indicaron el periodo aproximado desde el cual se vinculó, sin indicar una fecha en concreto; así, por ejemplo, en la certificación del 28 de diciembre de 2002 se refiere que la demandante tiene un *"tiempo de servicios de tres años y medio en el establecimiento Capill Fashion"*, las certificaciones del 6 de mayo de 2003, 17 de diciembre de 2003 y 1 de marzo de 2004, indican, en idéntico sentido, que la demandante *"labora hace cuatro (4) años…en el establecimiento Capill Fashion"*; la certificación del 17 de enero de 2012 indicó que la demandante prestaba sus servicios desde el 12 de septiembre de 2010 y la certificación del 29 de noviembre de 2012, señala que se encontraba vinculada desde el 1 de octubre de 2011.

Así mismo, se aportó un *"Contrato de arrendamiento de inmueble-espacio en el establecimiento de comercio peluquería Capill Fashion"* del 22 de septiembre de 1999 por el término de 1 año, el cual se prorrogó en 5 oportunidades por el mismo término hasta el 21 de septiembre de 2005; y un *"Contrato de concesión de espacio en el establecimiento de comercio peluquería Capill Fashion"* del 12 de septiembre de 2009 por un periodo de 12 meses, el cual también se prorrogó en 5 oportunidades por el mismo término hasta el 11 de septiembre de 2016; documentos con los cuales también se acredita la prestación

de un servicio personal por parte de la actora en el establecimiento de comercio de propiedad de la demandada.

Cabe aclarar que si bien la apoderada de la demandante manifiesta en su recurso que la firma en algunos de estos documentos no corresponde a la de la actora porque *"a simple ojo se ve que no es la firma de ella"*; no puede soslayarse que en audiencia del 5 de febrero de 2020 se desistió de la tacha formulada frente a esos documentos, precisamente porque en el interrogatorio de parte la demandante manifestó que reconocía los mismos y que solamente desconocía la firma de 2 de ellos, señalando aquellos obrantes a folios 213 y 208. Sin embargo, la simple afirmación de la demandante y su apoderada no resultan suficientes para restarle credibilidad a estas pruebas, pues en virtud del principio universal de la carga de la prueba (artículo 167 CGP); quien afirma una cosa es quien está obligado a demostrarla o probarla, sin que la simple manifestación del interesado sea suficiente para tener por demostrado su dicho. Esto es así, pues darle un alcance probatorio distinto a las simples aserciones o afirmaciones de una de las partes involucradas en la controversia, constituye un completo desconocimiento del principio general del derecho probatorio conforme al cual la parte no puede crearse o fabricar a su favor su propia prueba.

De allí que, si la parte interesada en demostrar que la firma de algún documento no corresponde a la suya, debió agotar el trámite dispuesto en el artículo 296 del CGP para corroborar su afirmación, situación que no ocurrió en el presente asunto. Por otro lado, la apoderada también asegura que varios de esos documentos no cuentan con la firma de la demandante; sin embargo, al revisar cada uno de estos documentos, se advierte que en todos se consignó su firma; luego no es cierta su afirmación. Contrario a lo anterior, el valor probatorio de los contratos y sus prórrogas debe ceñirse a lo establecido en los artículos 244 y 246 del CGP al haber sido aportados e incorporados válidamente en las oportunidades procesales correspondientes.

Continuando con las pruebas aportadas, se encuentra también una certificación del banco Axa Colpatria, expedida el mes de septiembre del año 2000 dirigida a la demandante, en la que se lee: *"El Banco Colpatria…quiere agradecer la fidelidad y confianza que nos ha manifestado al vincularse con nosotros a través de su cuenta de ahorro y por supuesto del señor FELIPE LINAJE el cual realizó la apertura de la cuenta No.4312007970 con $100.000 para reconocer el esfuerzo y dedicación durante este primer año de trabajo realizado en CAPILL FASHION PELUQUERÍA"*; esta certificación se encuentra acompañada del depósito por el valor allí mencionado en el cual se registró directamente como depositante al señor Felipe Linaje.

También se encuentran algunos comprobantes de nómina del establecimiento de comercio Capill Fashion Peluquería, los cuales se encuentran suscritos por la señora

Berenice de Linaje y la demandante, correspondientes a la segunda quincena del mes de diciembre de 2003, la primera quincena del mes de enero de 2004 y las dos quincenas del mes de febrero del mismo año.

Aunado a las anteriores pruebas documentales, la Sala encuentra que la demandada Carmen Berenice de León, al absolver el interrogatorio de parte aseguró que conocía a la demandante *"desde que empezó a trabajar con nosotros en la peluquería; eso fue en el año 1998, ella entró como peluquera"*; precisó que el contrato a través del cual se vinculó fue uno de concesión o arrendamiento de espacio, el cual consistía en que ella podía disponer de un espacio dentro de la peluquería para poder trabajar; en el mismo sentido el demandado Felipe Linaje indicó que conoció a la demandante desde que empezó a trabajar en la peluquería que fue en el año 1999 a través de un *"contrato de concesión de espacio para que ella usufructuara el puesto que se le daba como arrendamiento en sus funciones técnicas de estilista"*. De la prestación personal del servicio también dan cuenta las testigos Martha Cecilia Malambo, Katty del Carmen Gómez y Gloria María Linaje, quienes en sus dichos indicaron que la demandante prestaba sus servicios como estilista peluquera en el establecimiento de comercio Capill Fashion Peluquería a través de un contrato de concesión o de arrendamiento de espacio como lo denominaron algunas de ellas.

Las anteriores pruebas, no solo acreditan la prestación personal del servicio por parte de la demandante en el establecimiento de comercio Capill Fashion Peluquería sino que también dan cuenta de que su vinculación se dio formalmente a través de contratos de concesión de espacio para desarrollar la labor de estilista profesional; sin embargo, atendiendo al planteamiento hecho en la demanda, debe considerarse que cuando se somete a juicio el principio de realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia de un contrato de trabajo, resulta imperativo, analizar en cada caso las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación. Siendo ello así, la Sala encuentra entonces acertada la conclusión adoptada por el a quo en dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del CST, entendiendo que dicha prestación de servicios se dio con ocasión de un contrato de trabajo.

Ahora bien, lo que la Sala no comparte es la conclusión del juez, en virtud de la cual los demandados lograron desvirtuar tal presunción; pues del análisis objetivo de las pruebas practicadas, es evidente que la demandante se encontraba sometida al cumplimiento de un horario, recibía órdenes, algunas de las herramientas de trabajo eran suministradas directamente por la demandada, y se encontraba sometida al poder disciplinario de aquella. Para establecer esto, la Sala procede a estudiar cada una de las circunstancias que llevaron al fallador de primera instancia a encontrar desvirtuada la subordinación.

En primer lugar, con relación al horario en el que la demandante prestaba sus servicios; bien se ha entendido por el derecho laboral que la imposición de un horario, constituye un indicio de subordinación por parte del empleador, aunque no necesariamente se trata de un hecho definitivo para concluir el contrato laboral. En el presente asunto, la demandante acreditó que debía cumplir con un horario determinado y que tenía 1 día de descanso semanal; así se desprende de la manifestación realizada por la demandada Carmen Berenice de León al absolver el interrogatorio de parte, pues indicó que la actora cumplía el horario en el que se abría la peluquería al público, esto es de lunes a sábado de 6:00am a 8:00pm y el domingo de 8:00am a 6:00pm, descansando un día a la semana que, en el caso de la demandante, correspondía al día sábado; en igual sentido, la testigo Martha Cecilia Malambo indicó que la demandante debía cumplir con el horario de trabajo asignado y con las normas de la peluquería.

Pero la imposición de un horario, no es el único elemento que se presentó en el desarrollo del vínculo entre las partes contendientes, pues la misma demandada, Carmen de León, reconoció en su interrogatorio de parte que la demandante solicitaba permisos, los cuales eran autorizados por ella [la demandada] porque ese era el procedimiento, y que en varias ocasiones salió al médico o a realizar vueltas que necesitaba; esta misma situación fue referida por la testigo Katty del Carmen Gómez quien manifestó que si la demandante quería faltar algún día, debía presentar o llevar una excusa, pues ya tiene asignado un día de descanso, lo que indica que la demandante no podía disponer de su tiempo a su voluntad, sino que, además de cumplir un horario, debía solicitar autorización a la demandada para ausentarse de su lugar de trabajo.

Aunado a lo anterior, la testigo Gloria María Linaje, indicó que cuando una estilista profesional se ausenta del establecimiento de comercio sin justificación, era sancionada con 1 o 2 días sin trabajar *"precisamente porque no está cumpliendo con…lo pactado"*; de igual manera, la demandada, en su interrogatorio de parte reconoció que cuando algún cliente se quejaba del trabajo de la demandante, *"se le llamaba la atención para que no siguiera pasando eso, para que no volviera a pasar"*; esto mismo lo refirió la testigo Katty Gómez quien afirmó que la demandante recibía llamados de atención por ser grosera con los clientes, y por último, con relación a este tema el señor Vicente Felipe Linaje al ser cuestionado si la señora Carmen de León le daba órdenes a la demandante indicó de forma muy espontánea lo siguiente: *"Sí, naturalmente, ella como propietaria, pues lógicamente, generalmente le hacía las llamadas de atención cuando tenía problemas con los clientes; igualmente, pues las observaciones necesarias para su desempeño con los clientes, sí, claro que sí"*. Luego, contrario a lo señalado por el a quo, los llamados de atención y sanciones, a los que se encontraba sometida o eventualmente podía ser sometida la actora, sí se encuentran acreditados en el expediente; así lo aseguró principalmente la demandada, quien dijo que ante las múltiples quejas de los

clientes, tenía siempre que hablar con la demandante, lo que se traducía en llamarle la atención; esto demuestra que la demandante se encontraba sometida al poder disciplinario de la demandada quien no solo le llamaba o podía llamarle la atención por circunstancias propias de la prestación del servicio, sino que también tenía la facultad para sancionarla dejándola sin trabajar por 1 o 2 días.

Ahora bien, para la Sala tampoco se encuentra acreditado, como lo indicó el juez, que la demandante prestaba sus servicios de forma autónoma e independiente, pues si bien con los testimonios practicados se logró establecer que algunas herramientas de trabajo eran de su propiedad, como los cepillos, caimanes, atomizadores, guías, guantes, agujas, secador, plancha, brochas, entre otros elementos descritos en el inventario de artículos aportado con la contestación de la demanda, no es menos cierto que había otros elementos necesarios para la prestación del servicio que le proporcionaba directamente la peluquería, como los tintes, jabones, champús, esmaltes entre otros, así lo manifestaron las testigos Katty del Carmen Gómez y Gloria María Linaje. Esta última además refirió que la peluquería entregaba los insumos precisamente por un tema de control de calidad, para ofrecerle a todos los clientes los mismos productos, lo que indica que la demandante no ejercía de forma independiente su función, sino que se encontraba incorporada a la estructura organizacional de la actividad económica desarrollada por la demandada, al punto que, según lo refirieron las testigos Martha Malambo y Katty del Carmen Gómez, la misma peluquería asignaba los clientes a las estilistas según el orden de llegada, es decir que la demandante debía atender a los clientes de conformidad a un turno que era supervisado por la cajera administradora. El solo hecho de que la trabajadora suministre algunos elementos de trabajo no es suficiente en sí mismo para excluir el contrato laboral pues hay que analizar tanto el contexto como el entorno en que se desarrolló la relación y solo a partir de ese examen global es factible extraer conclusiones sólidas al respecto.

Otro aspecto relevante consiste en el pago de unas bonificaciones por buena atención al cliente y puntualidad, que mencionó la demandada al momento de absolver el interrogatorio de parte; en esa oportunidad explicó que las bonificaciones de puntualidad se entregaban cuando estaban siempre en el puesto de forma puntual y disponibles para atender los clientes que llegaban, y la bonificación por buena atención al clientes se otorgaba cuando se prestaba un buen servicio y cuando no había quejas de los clientes atendidos. Esto quiere decir que los pagos realizados bajo la denominación de bonificaciones por puntualidad y buena atención al cliente realmente remuneraban la buena prestación del servicio de la demandante, siendo este otro indicativo de la existencia de una relación subordinada y no de una actividad autónoma e independiente. Además, debe considerarse que la ganancia de la demandante y del establecimiento de comercio, dependía de la producción de la primera, como quiera que, de conformidad con lo pactado en los contratos

comerciales obrantes en el expediente y las prórrogas de los mismos, la demandada recibió durante el primer año como canon de arrendamiento el 50% de los pagos realizados por los clientes mientras que la actora recibió el 50% restante; estos porcentajes fueron variando con el tiempo, pues posteriormente la demandada se quedaba con el 35% y la actora con el 65% y finalmente durante toda la vigencia del segundo contrato los porcentajes se manejaron en un 45% para la demandada y un 55% para la demandante; luego no es claro que entre las partes realmente se hubiera perfeccionado algún tipo de arriendo de espacio, en los que normalmente el pago corresponde a un valor fijo.

Finalmente, llama la atención de la Sala el hecho de que la testigo Katty del Carmen hubiera señalado en su dicho que el demandado Felipe Linaje realizaba el pago de los aportes a seguridad social ayudando a los trabajadores con la mitad de la cotización a través de la empresa Colprosperar; en respaldo de esta afirmación obran en el expediente 7 certificados de aportes expedidos por la EPS Sanitas en los que refiere que la empresa Colprosperar realizó las cotizaciones en salud en favor de la demandante durante los siguientes periodos: *i)* desde el mes de abril del año 2005, de forma continua hasta el mes de mayo de 2007; y *ii)* desde el mes de julio de 2010 de forma continua hasta el mes de agosto de 2016. Es cierto que el solo pago de estos aportes no es suficiente para afirmar el contrato de trabajo, pero en el presente caso tal situación no se presenta aislada sino concatenada a otros indicios, en el que el pago de aportes resulta ser uno más y por ende con repercusión importante en la calificación real del vínculo existente.

El análisis en conjunto de los anteriores medios de prueba permite concluir con certeza que la prestación de servicios de la demandante se dio con ocasión de un verdadero contrato de trabajo, pues la presunción contemplada en el artículo 24 del CST no fue desvirtuada por los demandados. En este punto la Sala debe aclarar que, si bien la demanda se dirige contra la señora Carmen Berenice de León, como propietaria del establecimiento de comercio, y Vicente Felipe Linaje, éste último no actuó como empleador, pues las pruebas llevan a demostrar que el servicio de la demandante siempre se prestó en función del establecimiento de comercio mencionado y que el señor Linaje actuó como un encargado de la parte administrativa en atención a su vínculo sentimental con la señora Carmen Berenice de León, pues al ser su esposo, es normal que se preste este tipo de apoyo, sin que tal circunstancia, se reitera, lo convierta en empleador. En este punto es conveniente puntualizar que la demandada trata de zafarse del contrato de trabajo, aduciendo un contrato civil o comercial, pero no es claro que las características de la relación en la realidad encajen en la tipificación de un contrato de dicha estirpe, dado que no había una suma fija y concreta por canon, que es lo usual, sino que los ingresos dependían de, esfuerzo físico de la servidora, que es más propia de una relación en que lo preponderante es el uso de la fuerza de trabajo de una persona natural.

Bajo ese entendido, se revocará la sentencia de primera instancia, para declarar en su lugar la existencia de dos contratos de trabajo entre la demandante y la demandada Carmen Berenice de León de Linaje como propietaria del establecimiento de comercio Capill Fashion Peluquería, pues las pruebas obrantes en el expediente acreditan la prestación de servicios de la demandante en dos periodos diferentes.

Para el primer periodo, la Sala establece como periodo inicial del contrato el 22 de septiembre de 1999, pues esta es la fecha en la que se celebró el primer contrato de arrendamiento de inmueble-espacio; debe aclararse que las demás pruebas no fueron exactas en señalar un día y un mes específico, pero todas, en su mayoría conducen a que el inicio del vínculo laboral se presentó en el año 1999; así se desprende del interrogatorio de parte del demandado y de las certificaciones expedidas por la demandada. Este primer vínculo se extendió hasta el mes de mayo de 2007, pues si bien se aportaron las prórrogas de dicho contrato hasta el 21 de septiembre de 2005, también se aportaron las planillas de aportes en salud en el que la empresa Colprosperar, a través de la cual la demandada pagaba los aportes a seguridad social, realizó aportes en favor de la demandante hasta el mes de mayo de 2007; igualmente, al revisar la afiliación que la misma empresa realizó a la ARL Axa Colpatria se advierte que la demandante estuvo afiliada hasta el 1 de abril de 2007; si bien estas fechas no son concordantes, la diferencia entre una y otra oscila en 1 mes aproximadamente, lo que permite señalar que entre estos dos meses la demandante dejó de prestar sus servicios para la demandada, de suerte que, considerando la doctrina de la Corte suprema de Justicia (SL 905 de 2013), es dable afirmar que por lo menos un día del mes de mayo la demandante sí trabajó, lo que conduce a establecer el extremo final de este primer contrato el 1 de mayo de 2007, pues como se indicó atrás, este fue el último mes en el que se reporta pagos en salud, y aunque el certificado de aportes no indica el número de días cotizados, es dable entender que, por lo menos un día de ese mes, sí trabajó.

Respecto del segundo periodo trabajado, la Sala establece que inició el 12 de septiembre de 2009 al ser esta la fecha en la que las partes suscribieron el segundo contrato de concesión de espacio. Para la fecha final de este contrato debe señalarse que, si bien se aportaron las prórrogas suscritas entre las partes hasta el 11 de septiembre de 2016, no obra en el expediente alguna prueba que establezca con precisión la fecha en que la demandante dejó de prestar sus servicios en el establecimiento de comercio mencionado porque las pruebas testimoniales practicadas así como los interrogatorios de parte dan cuenta de que la relación laboral finalizó antes del periodo pactado en la última prórroga de ese contrato. Sobre este punto, la Sala aprecia la testimonial de la señora Martha Cecilia Malambo, quien manifestó que la demandante había dejado de trabajar por un tiempo en el año 2016 y que había regresado más o menos el 10 de julio de ese año; que trabajó por 3 días aproximadamente, esto es 10, 11 y 12 de julio y luego no volvió; la testigo

Gloria María Linaje también recordó que la demandante había dejado de trabajar por un tiempo y recuerda que regresó entre el 8 o 10 de junio de 2016 cuando ya había finalizado una incapacidad y que trabajó por 3 días aproximadamente, luego de eso no volvió a saber nada más de ella hasta que volvió en el mes de diciembre a recoger las cosas que había dejado; la demandada, por su parte, manifestó en su interrogatorio que la demandante se presentó a trabajar después de que se le terminó una incapacidad, indica que así lo manifestó, y que trabajó por un periodo de aproximadamente 3 días, del 10 al 12 de julio de 2016.

Estas pruebas deben ser analizadas también con el certificado de incapacidad expedido por la Clínica El Bosque de fecha 31 de mayo de 2016, en el cual se incapacita a la demandante por un periodo de 30 días contados a partir del 31 de mayo de 2016 y hasta el 29 de junio de 2016. Luego, es claro que el dicho de las testigos concuerda con lo que esta prueba documental refleja, sin que tenga incidencia que la testigo Gloria María Linaje haya referido el mes de junio, pues también indicó en su dicho que la demandante regresó cuando ya había terminado su periodo de incapacidad, lo que indica que tuvo que ser después del 29 de junio de 2016, diferencia que en todo caso resulta irrisoria, considerando el tiempo que ha trascurrido entre los hechos y el momento en que rindió su testimonio. Por lo anterior, se establece como fecha final de este segundo contrato de trabajo el 12 de julio de 2016.

Cabe aclarar que entre estos dos periodos, no existe ninguna prueba documental ni de otra índole que permita determinar con certeza que la demandante prestó sus servicios en el establecimiento de comercio Capil Fashion Peluquería entre la terminación del primer contrato y el inicio del segundo, razón por la cual no es posible declarar la existencia de un único contrato de trabajo.

Respecto del salario devengado por la demandante, la Sala encuentra que el promedio devengado en algunos de los años, se encuentra acreditado con las certificaciones expedidas por la demandada durante la relación laboral, razón por la cual se tendrá en cuenta el promedio de los valores certificados; para aquellos periodos en los que no existe certificación, se tendrá como salario de la demandante el mínimo legal mensual vigente estipulado para la época, como quiera que se encuentra demostrado que la demandante cumplía un horario de trabajo y una jornada que incluso excedía la máxima legal. Si bien se aportaron algunas tirillas de los trabajos realizados por la demandante, debe señalar que en estas no se indicó ni el mes ni el año al que corresponden; allí simplemente se relacionan los días y el valor de los trabajos realizados, pero no se individualiza el tiempo exacto en el cual fueron elaborados dichos trabajos; lo mismo debe decirse de los comprobantes de pago de Megabanco, pues si bien en los mismos se observan diferentes pagos, no se encuentra demostrado que dichos pagos provengan de la demandada, ya que en

los mismos no hay ningún registro, nombre, logo, o señal que la relacione con esos documentos. Por esta razón se tendrán los siguientes salarios para cada una de las relaciones laborales:

PRIMER CONTRATO: DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 1999 AL 1 DE MAYO DE 2007	
AÑO	**SALARIO**
1999	$ 236.460
2000	$ 260.100
2001	$ 828.667
2002	$ 1.066.667
2003	$ 1.600.000
2004	$ 1.550.000
2005	$ 381.500
2006	$ 408.000
2007	$ 433.700

SEGUNDO CONTRATO: DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2009 AL 12 DE JULIO DE 2016	
AÑO	**SALARIO**
2009	$ 496.900
2010	$ 515.000
2011	$ 535.600
2012	$ 566.700
2013	$ 589.500
2014	$ 616.000
2015	$ 644.350
2016	$ 689.455

En este punto, dando aplicación a los principios de celeridad y economía procesal que orientan la actividad judicial y, que a su vez revisten la característica de ser de obligatorio cumplimiento por parte de los administradores de justicia, la Sala estudiará, antes de imponer condenas, si en el presente asunto se configuró el fenómeno de la prescripción, pues se trata de un medio exceptivo propuesto por los demandados. De esta forma, debe tenerse en cuenta que os artículo 488 del CST y 151 del CPTSS establecen que los derechos que se derivan de las relaciones laborales tienen un término de prescripción de 3 años contados a partir de la fecha de su causación.

Siendo ello así se tiene que la primera relación laboral que aquí se discute finalizó el 1 de mayo de 2007 y la segunda finalizó el 12 de julio de 2016; también se tiene que la demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2017 (PDF 06), admitida el 12 de julio de 2018 y notificada a los demandados el 4 de septiembre del mismo año; que la demandante acreditó haber convocado a la demandada Carmen Berenice de León a una diligencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo en la inspección RCCC7 en la ciudad de Bogotá, en la cual solicitó expresamente: *"1-. Pago de incapacidades, 2-. Pago de indemnización por despido injusto"*; a dicha diligencia compareció tanto la demandante como la demandada a través de su apoderada judicial, sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo; debiendo entonces considerarse como válida esta reclamación en virtud de las disposiciones antes señaladas que establecen que la prescripción podrá ser interrumpida por una sola vez y por un lapso igual, pero únicamente frente a las pretensiones que en dicha reclamación se presentaron. Esto es así, pues de antaño la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la exigencia sobre la individualización del derecho en la reclamación que presenta el trabajador ante el empleador para interrumpir la prescripción, tiene su razón de ser *"en la necesidad de que la eventual contienda judicial se desarrolle sobre los conceptos*

claramente especificados en la reclamación y no sobre otros que no estén detallados" (SL Rad.33279 de 2008).

Siguiendo entonces los parámetros legales y jurisprudenciales antes enunciados, se tiene que la demandante interrumpió la prescripción el día 31 de agosto de 2016 únicamente frente al pago de las incapacidades y de la indemnización por despido injusto del segundo contrato, las cuales no se encuentran afectadas por este fenómeno. Por el contrario, la prescripción para las demás acreencias que se solicitan en la demanda se interrumpió el 19 de diciembre de 2017, lo que quiere decir que, frente a las demás pretensiones, se encuentran afectadas por este fenómeno aquellas causadas durante el primer contrato de trabajo, y aquellas causadas con anterioridad al 19 de diciembre de 2014 respecto del segundo contrato de trabajo; con excepción de las cesantías, cuyo término de prescripción inicia a contabilizarse dese la fecha en que finalizó el vínculo laboral como se expondrá más adelante, e igualmente se exceptúan las vacaciones cuyo término de prescripción empieza a correr una vez termina el año que la ley dispone para su disfrute y los aportes al sistema general de seguridad social en pensión por ser una prestación imprescriptible en tanto el derecho pensional se encuentre en formación.

Por lo anterior, una vez realizados los cálculos correspondientes, con ocasión del segundo contrato de trabajo, la demandada deberá reconocer y pagar en favor de la demandante las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

CESANTÍAS: 01/01/2014 al 12/07/2016	
AÑO	**VALOR**
2014	$ 688.000
2015	$ 718.350
2016	$ 409.149
Total=	$ 1.815.499

INTERESES A CESANTÍAS: 01/01/2014 al 12/07/2016	
AÑO	**VALOR**
2014	$ 82.560
2015	$ 86.202
2016	$ 26.186
Total=	$ 194.948

PRIMAS DE SERVICIO: 1/07/2014 al 12/07/2016	
AÑO	**VALOR**
2014	$ 344.000
2015	$ 718.350
2016	$ 409.149
Total=	$ 1.471.499

VACACIONES: 12/09/2013 al 12/07/2016	
# DÍAS	**VALOR**
1020	$ 976.728

La demandante también solicitó en la demanda el pago de las dotaciones durante el periodo trabajado, sin embargo, frente a esta solicitud, la Sala debe indicar que, atendiendo a la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es factible acoger tal pretensión en los términos solicitados porque la finalidad de la dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y no está previsto el mecanismo de su compensación en dinero; por el contrario, el legislador la prohibió en forma expresa en el artículo 234 del CST. Esto no quiere decir, de ninguna manera, que el empleador incumplido en el suministro de la dotación durante la vigencia del vínculo laboral quede exento de su pago; pues se ha considerado por la Corte que frente a esta hipótesis ha de aplicarse la regla general que tiene lugar en materia contractual en caso de incumplimiento de lo pactado, según el cual se genera el derecho de indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada (CSJ SL Rad.11014 de 1999). Como esta

indemnización no se encuentra tarifada legalmente, debe ser acreditada en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero correspondiente a la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegue a demostrar, pero ello no fue planteado ni demostrado así en este proceso, en consecuencia, tal pretensión no prospera.

En cuanto a los aportes al sistema de seguridad social en salud, se ha entendido que ante la falta de afiliación y pago por parte del empleador de estas cotizaciones, procede la condena por los perjuicios ocasionados al trabajador por tal omisión. No obstante, en el presente asunto no es dable afirmar que el empleador omitió tal obligación, pues la misma demandante al absolver el interrogatorio de parte, confesó que los aportes al sistema de seguridad social sí se realizaban y que el pago no lo cubría completamente ella, sino que aseguró que el demandado Felipe Linaje le ayudaba con una parte. De esta forma, nótese que al ser cuestionada sobre si asumía directamente el pago de los aportes a seguridad social como independiente, ella manifestó en el interrogatorio de parte: *"no totalmente todo, él* [Felipe Linaje] *me ayudaba con una parte para la seguridad social, porque él me dijo que era una empresa"*; misma manifestación que realizó la testigo Katty del Carmen Gómez quien aseguró que el demandado pagaba la mitad del seguro a través de la empresa Colprosperar. Con relación a esta empresa (Colprosperar), se cuestionó a la demandante si les ayudaba con el pago de los aportes as seguridad social a lo que manifestó *"después de un de un tiempo sí, porque el señor* [Felipe Linaje] *buscó al señor* [de Colprosperar] *porque le dijeron que tenía problemas y tenía que pagar muchas cosas si tenía un empleado después de determinados años…"*; manifestaciones que también concuerdan con lo indicado por la demandada en su interrogatorio de parte, en el cual explicó que los aportes sí se realizaban a través de un tercero así: *"nosotros para que ellos no estuvieran haciendo vueltas de seguridad social y eso, ellos (sic) le conseguimos o ellos se consiguieron un señor que se encargaba de hacerle todo eso, y quincenalmente lo que ellos tienen que pagar, lo que tienen que pagar se le descontaba y se le pagaba el señor que les lleva eso, que le lleva la seguridad social"*.

Y es que no se puede soslayar que en virtud de lo dispuesto en el literal e) del parágrafo 1 del artículo 15 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 3 de la ley 797 de 2003, los aportes al sistema general de seguridad social podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral; máxime cuando las partes aquí contendientes reconocen expresamente que las cotizaciones si se realizaron a través de un tercero (Colprosperar) que simplemente se encargaba de esa función, sin intervenir en el vínculo contractual del que se desprende el presente litigio. Aunado a ello, como se indicó anteriormente, con la demanda se aportaron las certificaciones emitidas por la EPS Sanitas, en las que consta que la demandante estuvo afiliada a dicha EPS desde abril del 2005 hasta mayo del 2007 y nuevamente desde el mes de julio de 2010 hasta el mes de agosto de 2016.

Ahora bien, la única prestación que la demandante solicita en la demanda y que podría entenderse como un eventual perjuicio es el pago de la incapacidad de 30 días expedida por la Clínica El Bosque el 31 de mayo de 2016. Esta incapacidad fue emitida bajo la causa *"incapacidad por accidente de trabajo"* lo que, en principio indicaría que quien debe asumir el pago de la misma es la ARL a la cual se encontraba afiliada la demandante; no obstante, como quiera que en el presente asunto se discute también la ocurrencia de tal insuceso, más adelante se determinará si procede la condena por concepto de subsidio por incapacidad. Fuera de lo anterior, la demandante no expuso ni acreditó ninguna otra circunstancia que conlleve a esta Sala a ordenar algún pago por este concepto o algún tipo de devolución de aportes realizados, pues incluso para esta pretensión sería preciso acreditar el valor por ella pagado y el valor pagado por el empleador para que la Sala corroborara si los porcentajes asumidos por cada una de las partes se ajustaban a las disposiciones legales, o si, por el contrario, la demandante habría asumido un mayor valor que debiera ser devuelto. Como lo anterior no ocurrió no procede condena alguna por concepto de aportes en salud.

En cuanto a los aportes a pensión, debe manejarse la misma línea argumentativa, en el sentido de que la demandante aseguró que el demandado Felipe Linaje se encargó de realizar el pago de la mitad de los aportes a seguridad social a través de la empresa Colprosperar, aportando, a su vez, las planillas de aportes a pensión de los meses de agosto, septiembre y diciembre del año 2015 ante la AFP Protección; no se aportaron planillas de otros meses diferentes; sin embargo, en atención a la confesión de la demandante, es necesario que, para proferir condena a su favor, se hubiera individualizado los periodos faltantes, si los hubo, o que se solicitara la devolución de aportes, si considera que asumió un valor mayor del que debió asumir; como esta circunstancia no ocurrió, la Sala no proferirá condena alguna en favor de la demandante por este concepto como quiera que no cuenta con los elementos de juicio necesarios para ello. Llama la atención de la Sala que, incluso en el hecho 54 de la demanda se indicó que *"los patronos procedieron a desafiliar a mi representada de la seguridad social, desde el 30 de julio de 2016…"* luego, es claro que la demandante reconoció estar afiliada al sistema de seguridad social, y si tenía algún reparo frente a las cotizaciones realizadas era necesario que indicara las circunstancias que respaldarían una eventual condena.

La demandante también solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST, para tal efecto, bien es sabido que el trabajador que pretende esta indemnización debe acreditar el hecho del despido y, una vez acreditado el mismo, le corresponde al demandado demostrar la justeza de los hechos invocados para dar por terminado el contrato de trabajo, si pretende que su determinación sea considerada legítima. Bajo este criterio, la Sala no encuentra acreditado en el expediente el hecho del despido de la demandante, pues no existe

ninguna prueba que indique que la demandada tomó la dedición de finalizar el contrato de trabajo; por el contrario, de conformidad con lo señalado por las testigos Gloria María Linaje, Katty del Carmen Gómez y Martha Cecilia Malambo, la demandante fue a trabajar después de la incapacidad por un periodo de aproximadamente 3 días y después no volvió, por lo que no supieron nada de ella hasta el mes de diciembre cuando se acercó a la peluquería nuevamente a retirar las cosas que había dejado. Fuera de estas manifestaciones, no existe ninguna prueba que respalde el hecho de un despido por parte de la demandada, razón por la cual tampoco puede prosperar esta pretensión.

Continuando con las pretensiones solicitadas en la demanda, la Sala encuentra que la demandante reclama el pago de la indemnización contemplada en la Ley 361 de 1997 por considerar que fue despedida en condición de debilidad manifiesta. Recordemos que el artículo 26 de esta disposición establece que en ningún caso la persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo; allí mismo se establece que el empleador que omita atender tal precepto deberá reconocer una indemnización equivalente a 180 días de salario. Para proceder con el estudio de esta pretensión, es claro que la norma establece un presupuesto que en el presente asunto no se configura, y se trata del despido o la terminación el contrato de trabajo por razón de la limitación de una persona. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala no se acreditó que la demandante hubiera sido despedida, luego entonces, resulta inane entrar a analizar si tenía o no una condición de salud particular que la amparara con la protección de la estabilidad laboral reforzada por salud; como quiera que, aunque así fuera, lo cierto es que no fue despedida por el empleador y ninguna condena podría proferirse a su favor por este motivo.

La anterior conclusión conlleva forzosamente a resolver desfavorablemente la pretensión subsidiaria de reintegro solicitada en el escrito de la demanda, pues la misma se fundamenta en el amparo por estabilidad laboral reforzada, el cual únicamente se activa cuando el trabajador es despedido con ocasión de tal circunstancia; como esto no ocurre en este asunto, no es admisible tampoco la condena por el reintegro pretendido.

Abordando ahora el tema relacionado con la ocurrencia del accidente de trabajo, encuentra la Sala que la demandante solicita que se declare la responsabilidad por culpa patronal; afirma que el 31 de mayo de 2016 sufrió un accidente *"por falta de señalización"*; consecuencialmente pretende que se condene al empleador al pago de *"las prestaciones derivadas del accidente de trabajo incapacidades temporales. Subsidios por incapacidad temporal. Incapacidad permanente parcial"*. Para tal efecto, debe considerarse que el artículo 8 del Decreto 1295 de 1994 dispone que *"son Riesgos Profesionales el accidente que se produce como consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada…"* a su vez, el artículo

9 indica que *"Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte…"*; aunado a ello, debe tenerse en cuenta que el factor determinante para concluir si se está o no frete a un accidente de trabajo no es otro que el ejercicio de funciones propias del cargo, o el cumplimiento de órdenes del empleador.

Teniendo en cuenta lo anterior, al revisar el expediente, se encuentra una consulta médica que se realizó en la Clínica El Bosque a la demandante el día 31 de mayo de 2016, en la cual se indicó como motivo de la consulta el siguiente: *"hace 4 días sufre trauma en pie izquierdo, durante catifidad (sic) laboral, (estilista)"*, señalando más adelante *"accidente laboral"*; lo anterior quiere decir que, la demandante acudió a un profesional médico por una trauma en su pie e indicó que el mismo se debía a un accidente de trabajo; no obstante, tal categoría (de accidente de trabajo) no puede ser calificada por la misma demandante, máxime si se considera que en la consulta ella misma señaló que al parecer el accidente habría ocurrido 4 días antes de la fecha en que se consultaba; por tanto, es claro que su reacción para ser atendida, no ocurrió de forma inmediata a la ocurrencia del presunto accidente.

Sobre este punto, también se valora la testimonial de Martha Cecilia Malambo, Katty Gómez y Gloria María Linaje, quienes de forma unánime manifestaron que no presenciaron con ninguno de sus sentidos alguna caída o accidente que la demandante hubiera sufrido durante la ejecución de sus funciones. Incluso, la testigo Gloria, manifiesta que al enterarse del presunto accidente que la demandante le indicó haber sufrido, procedió a preguntarle a las demás estilistas y manicuristas si tenían algún conocimiento de tal hecho, frente a lo cual todos le indicaron que no vieron nada, como prueba de lo anterior, se suscribió un acta de fecha 12 de julio de 2016 que se aportó al expediente y en la que reposa la firma de Diana Delgado, Rosalba Sierra, Gloria Sánchez, Sofía Plaza, Luis Moreno, entre otros.

Las anteriores pruebas, acreditan que la demandante sí presentó una alteración en su estado de salud, pues con ocasión de la consulta médica antes mencionada, fue incapacitada por un periodo de 30 días; pese a lo anterior, no existe ninguna prueba en el expediente que indique que ese estado de salud se debió específicamente a un accidente que hubiera ocurrido con ocasión o como causa de las funciones que desempeñaba en Capill Fashion Peluquería, por lo que no es posible, en esta instancia determinar la ocurrencia de un accidente de trabajo en la forma en que se solicita.

Consecuencialmente, tampoco prosperará la pretensión con la cual se buscaba el pago de las prestaciones derivadas del accidente de trabajo como incapacidades temporales, subsidio por incapacidad temporal e incapacidad permanente parcial con

motivo del accidente de trabajo. Sin embargo, al encontrarse acreditado que la demandante estuvo incapacitada entre el 31 de mayo de 2016 y el 29 de junio del mismo año, es evidente que los primeros 2 días de dicha incapacidad, debieron ser reconocidos por el empleador, mientras que, a partir del día 3, la EPS debió reconocer el subsidio por incapacidad, pues se encuentra acreditado en el expediente que durante este periodo la demandante se encontraba cotizando al sistema general de seguridad social en salud. Por esta razón, la Sala encuentra procedente condenar a la demandada al pago de la prestación económica correspondiente a los dos (2) primeros días de incapacidad laboral por enfermedad general de los días: 30 de mayo de 2016 y 1 de junio del mismo año, en razón de $30.642 de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 modificado por el Decreto 2943 de 2013 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 227 del CST.

Las consideraciones hasta aquí analizadas, conducen a la Sala a absolver a la demandada de la pretensión en virtud de la cual se solicita *"el pago de las indemnizaciones, que debería cubrir el sistema de seguridad social si hubiera sido debidamente afiliado"* (sic), pues como se ha señalado, las pruebas demuestran que la demandante sí fue afiliada al sistema general de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, por lo que el empleador no debería, en principio responder por aquellas prestaciones económicas o asistenciales que, en virtud de las afiliaciones, fueron subrogadas en el sistema. Aunado a ello, la demandante no acreditó ningún perjuicio que indique que el empleador o el sistema tuvieran que asumirá su favor. De la misma forma, deberá absolverse a la demandada de la pretensión en la cual se solicita el *"pago de las pensiones, que debería cubrir el sistema de seguridad social si hubiera sido debidamente afiliado"* (sic) pues esta pretensión resulta ambigua al no aclarar qué tipo de pensión se pretende; lo que, en todo caso, debe indicarse que sería responsabilidad de la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliada la demandante, pues durante el vínculo laboral se realizaron las cotizaciones correspondientes.

Respecto de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, ambas solicitadas por la accionante en el escrito de la demanda, bien es sabido que estas indemnizaciones no son de aplicación automática, pues es necesario evaluar la conducta del empleador durante la relación laboral en lo concerniente a sus obligaciones y con el pago de las acreencias laborales y de seguridad social que por ley debe sufragar, y, en caso de encontrar atendibles las razones esgrimidas por aquel, podrá eximirlo del pago de las referidas indemnizaciones.

Pues bien, con base en estas directrices, la sala encuentra que la conducta desplegada por el empleador en lo que tiene que ver con las sanciones por falta de pago de salarios y prestaciones sociales y de consignación de cesantías, no puede enmarcarse automáticamente dentro del campo de la mala fe, pues si bien es cierto

que durante la relación laboral el empleador desconoció el reconocimiento y pago de cualquier acreencia laboral en favor de la accionante, no es menos cierto que la naturaleza del contrato celebrado y las condiciones pactadas entre las partes explicarían esa convicción de la demandada en que el vínculo que las unió realmente no tenía la connotación de un contrato de trabajo; una de esas características particulares es la distribución que entre las partes se pactó sobre los ingresos, de cuyas proporciones podía entenderse que se trataba de un acuerdo comercial, sin que las partes lo hubieran entendido como salario o comisión por venta; de allí que la demandada pudo tener la fiel convicción de que el contrato celebrado se regía por normas completamente diferentes a las establecidas en el CST.

Por otro lado, aunque no se trata de una característica determinante, como quiera que en el presente asunto se dio aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, sí pudo tener una incidencia en la creencia de la demandada el hecho de que se suscribieran 2 contratos de arrendamiento o concesión de espacio con 5 prórrogas cada uno, en donde se reiteraba la naturaleza del contrato que las partes creían estar celebrando; lo que sin duda alguna, generó una mayor confianza en la demandada sobre el desarrollo de dicho negocio jurídico, sin que se pase por alto que este tipo de relaciones vista en términos generales y a la luz de las reglas de la experiencia aparecen bastante difusos los linderos entre relación laboral o civil y comercial.

Bajo ese entendido, se absolverá a la demandada del pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías a un fondo, así como de la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST. Ahora, es cierto que la parte actora tampoco reclamó la indexación, sin embargo, en atención a las recientes directrices jurisprudenciales, contenidas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral SL359 y SL859 de 2021, es dable la actualización de las condenas así no se hayan solicitado en la demanda, tomando como índice inicial el vigente a la fecha de terminación del contrato y como final la fecha en que se haga el pago.

En consecuencia, no queda otro camino que revocar la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción en favor de la demandada Carmen Berenice de León de Linaje como propietaria del establecimiento de comercio Capill Fashion Peluquería y las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por el demandado Vicente Felipe Linaje Romero.

Así queda resuelto el recurso de apelación.

Sin costas en esta instancia, porque el recurso prosperó solo parcialmente. Se revocan

las costas de la primera instancia a cargo de la demandante y se imponen a cargo de la demandada De león de Linaje.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 28 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de FLOR MARÍA ARCOS RAMÍREZ contra CARMEN BERENICE DE LEÓN DE LINAJE como propietaria del establecimiento de comercio CAPILL FASHION PELUQUERÍA y VICENTE FELIPE LINAJE ROMERO en cuanto absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, mala fe de la demandante, falta de causa para pedir y cobro de lo no debido; y en su lugar declarar que entre la demandada CARMEN BERENICE DE LEÓN DE LINAJE y la demandante existieron dos contratos de trabajo que se ejecutaron en los siguientes periodos: *i)* del 22 de septiembre de 1999 al 1 de mayo de 2007 y *ii)* del 12 de septiembre de 2009 al 12 de julio de 2016 de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada CARMEN BERENICE DE LEÓN DE LINAJE de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR probada las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por el demandado VICENTE FELIPE LINAJE ROMERO de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la demandada CARMEN BERENICE DE LEÓN DE LINAJE como propietaria del establecimiento de comercio CAPILL FASHION PELUQUERÍA en favor de la demandante FLOR MARÍA ARCOS RAMÍREZ al pago indexado de las siguientes sumas por los siguientes conceptos de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia:

- Por cesantías la suma de $1.815.499
- Por intereses a las cesantías la suma de $194.948
- Por primas de servicios la suma de $1.471.499
- Por vacaciones la suma de $976.728

QUINTO: CONDENAR a la demandada CARMEN BERENICE DE LEÓN DE LINAJE como propietaria del establecimiento de comercio CAPILL FASHION PELUQUERÍA en favor de la demandante FLOR MARÍA ARCOS RAMÍREZ al pago indexado de la prestación económica correspondiente a los dos (2) primeros días de incapacidad laboral por enfermedad general en razón de $30.642 de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada CARMEN BERENICE DE LEÓN DE LINAJE como propietaria del establecimiento de comercio CAPILL FASHION PELUQUERÍA de las demás pretensiones incoadas en su contra de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia, porque el recurso prosperó solo parcialmente. Se revocan las costas de la primera instancia a cargo de la demandante y se imponen a cargo de la demandada.

OCTAVO: DEVOLVER el expediente digital *"al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes"*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIO RAMIREZ CARMONA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 001 2020 00206 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuestos por la apoderadas de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de diciembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que el traslado que realizó el demandante goza de plena validez, resaltando que el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado; sin que se puede trasladar cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, esto de conformidad con el artículo 107 de la Ley 100 de 1993.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni resultaron demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo114 de la 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta ultimó fondo privado, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 10 de junio de 1956; que estuvo afiliado en pensiones al Instituto de los Seguros Sociales, cotizando desde 31 de enero de 1977 hasta el 14 de octubre de 1991; que, en el año 2001, se trasladó a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A; que posteriormente en el año 2003, se trasladó a Porvenir S.A; sin que los asesores de dichos fondos privados le hubiera suministrado información suficiente, clara y oportuna que le permitiera tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97, 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de traslado que realizó el demandante es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligaciones y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación que realizó el demandante en el año 2003, fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional del demandante se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicito suscribir el formulario de afiliación con Protección S.A. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de diciembre de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor MARIO RAMÍREZ CARMONA, identificado con la C.C. No 194.547, a través del fondo administrado por la sociedad demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A conforme lo expuesto en precedencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional del demandante señor MARIO RAMÍREZ CARMONA, identificado con la C.C. No 194.547 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las*

mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor MARIO RAMÍREZ CARMONA, identificado con la C.C. No 194.547 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

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

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado número 68852 de 2019, en caso similar manifestó que la AFP tenía las responsabilidad de brindarle información clara, comprensible y oportuna sobre la características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias de abandonar el régimen en el que se encontraba vinculada, entre ellas la pérdida del régimen de transición, sin que el expediente se encuentre medios de convicción que se acredite el cumplimiento de dicha obligación, toda vez que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador pero no que este fuese informado a la luz del articulo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía de los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente al numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia proferida; al considerar que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la

jurisdicción, de conformidad con argumentos de varias salas del Tribunal Superior de Bogotá, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por ello, que no resulta factible ordenar la devolución de gastos de administración, esto de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un tres por ciento de cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo que dichos dineros no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, esto de conformidad con concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia que señaló que en el evento de que se declare la ineficacia de trasladó lo único que se debe retornar son los rendimientos financieros; de conformidad con lo anterior, solicitó se tenga en cuenta la restituciones mutuas, así como también, que no resulta procedente la indexación de dichos emolumentos, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que la declaratoria ineficacia del traslado del RPM al RAIS, afecta significativamente el sistema financiero del régimen de prima media teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes, la falta de contribución del demandante al fondo común que financia las pensiones y la carga que generaría en los demás afiliados ante un eventual reconocimiento pensional, en virtud de que el actor no ha construido un derecho pensional en el RPM y ello afectaría los intereses la estabilidad financiera del sistema.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la

Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 24 de agosto de 2001.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos*

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de diciembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **BLADIMIR ALCALA CARVAJAL** CONTRA **EPAGO DE COLOMBIA S.A.**

RADICADO: 11001 3105 008 2019 00404 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de julio de 2021, en donde se absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas. El

recurso de apelación tiene por objeto que se revoque tal decisión y en su lugar se acceda a lo pretendido.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que la demandada desplegó actos constitutivos de acoso laboral, que la decisión de cierre del proceso adoptada por el comité de convivencia era nula por haberse tomado fuera de tiempo, que estaba cobijado con el fuero de acoso laboral y que se presentaba una situación de desigualdad salarial respecto de su compañera Mariana Montaño Ruiz, en consecuencia se ordenara a reintegrarlo al mismo cargo que venía desempeñando o superior desde el 1° de mayo de 2019 hasta que se hiciera efectiva la orden de reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al SGSS, igualmente, solicita se ordene el pago de la diferencia salarial por valor de $348.190 con el respectivo reajuste de salarios y prestaciones sociales, al pago de las indemnizaciones moratorias por no pago de salarios y prestaciones y por no consignación de cesantías, a la indexación de las sumas y/o intereses moratorios y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el cual estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2015 y el 30 de abril de 2019, fecha última en la que fue despedido sin justa causa; que se desempeñó como coordinador de

gestión humana; que la jefa directa era la señora Doris Stella Díaz, quien se desempeñaba como Directora de Recursos Humanos; que su orientación sexual era homosexual, situación que era conocida en la demandada desde el inicio de la relación laboral; que sufrió diversas conductas de discriminación en aspectos tales como licencia de matrimonio, programación de vacaciones, entre otras; que el 10 de diciembre de 2018, presentó queja ante el Comité de Convivencia Laboral, el cual adoptó decisión de cierre el 9 de abril de 2019, concluyendo la no existencia de conductas constitutivas de acoso laboral; no obstante tal comité estaba vencido y por ende tal decisión era nula de pleno derecho; que en la compañía tenía una compañera de trabajo, que tenía el mismo cargo y responsabilidades frente a la que se debía nivelársele el salario y prestaciones sociales y que posteriormente fue despedido sin juta causa el 30 de abril de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Epago de Colombia S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que su representada no había adelantado ningún acto o hecho de discriminación ni de acoso laboral en contra del actor, especialmente cuando el comité de convivencia laboral efectuó las investigaciones respectivas según lo determinado por la ley en el que se decidió tal situación, por lo que no había lugar al reintegro y ningún pago a favor del actor, destacando además que la finalidad del proceso de acoso laboral era determinar si

existieron o no conductas constitutivas de acoso laboral y que se presentaba una indebida acumulación de pretensiones y abuso del derecho por lo que estaban llamadas a ser desestimadas.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: caducidad de la acción, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, inexistencia de conductas de acoso laboral, legalidad decisión comité convivencia, inexistencia de material probatorio que compruebe acoso laboral, abuso del derecho, buena fe y lealtad de mi representada e innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de julio de 2021 el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO:** ABSOLVER a la demandada EPAGO COLOMBIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante BLADIMIR ALCALA CARVAJAL conforme las motivaciones precedentes.*
>
> ***SEGUNDO:** DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de conductas de acoso laboral e inexistencia de material probatorio que compruebe acoso laboral y dadas las resultas del proceso el despacho se releva del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados.*
>
> ***TERCERO:** COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de $300.000.*
>
> ***CUARTO:** En caso de no ser apelada, ENVIAR el presente asunto al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, para que surta el grado jurisdiccional de consulta.*

Como fundamento de la decisión argumentó que de acuerdo con el análisis probatorio efectuado no pudo

acreditarse la existencia de conductas constitutivas de acoso laboral en los términos de la Ley 1010 de 2006, siendo que los testimonios recibidos fueron coincidentes en que la señora Doris Díaz no desplegó tratos distintos ni discriminatorios en contra el actor, ni se presentaron descalificaciones por la orientación sexual del mismo, resaltando que el mismo actor incluso reconoció que le fue concedido el permiso "licencia de matrimonio" y que disfrutó del periodo de vacaciones, razones por las cuales no eran aplicables las prebendas establecidas en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006.

En cuanto a la nulidad de la decisión del comité de convivencia (cierre del proceso), se señaló que según el artículo 5 de la Resolución 652 del 2012, los mismos tenían una vigencia de 2 años, no obstante, no existía norma que prohibiera que los comités de convivencia, pasados tal tiempo pudieran ser reelegidos, además que la extensión del ejercicio del comité no era atentatoria de los derechos de los trabajadores, por el contrario se garantizó el derecho para que fueran resueltas las peticiones que eventualmente pudieran ser presentadas por los trabajadores.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que existía abundante evidencia documental respecto de los tratos discriminatorios o desiguales desplegados contra su

cliente, los que tenían que ser revisados a la luz del temor reverencial y el tema del desempleo, adicionalmente, manifestó que no estaba de acuerdo con lo expuesto frente a la nulidad reclamada, pues si se presentaba una violación al cumplimiento de la ley, lo que era una culpa grave semejante al dolo, nulidad que generaba que las cosas volvieran a su estado anterior, por lo que fue desvinculado estando un proceso abierto, operando la protección del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, señalando que en todo caso debía considerarse que la decisión del comité carecía de fundamentación.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la ocurrencia de las conductas de acoso laboral que aduce el señor Bladimir Alcalá Carvajal se desplegaron en su contra por parte de Doris Stella Díaz y si como consecuencia de ello se genera la ineficacia del despido.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente dentro del periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2015 y el 30 de abril de 2019; ii) que el actor se desempeñó como coordinador de gestión humana; iv) que el contrato de trabajo, fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por el empleador.

Para resolver, debe tenerse en cuenta que en cuanto a la aplicación de las previsiones establecidas en la norma que regula la figura del acoso laboral, se tiene que el artículo 1 de la Ley 1010 de 2006, establece el objeto y ámbito de protección:

> *"La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública."*

A su vez el artículo 2º de la citada Ley se ocupó de definir el acoso laboral, en los siguientes términos:

> *"toda conducta persistente y demostrable ejercida sobre un empleado o trabajador por parte de un empleador, un jefe, un superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo".*

De acuerdo con lo anterior, es claro que el legislador mediante la citada disposición quiso erradicar del ámbito de las relaciones laborales toda forma de maltrato que vaya en contra de la dignidad humana de quienes ponen su fuerza laboral en beneficio de un empleador, determinando que tal acoso laboral puede darse en las diversas modalidades que señala la norma, como son maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad y desprotección.

Igualmente, se tiene que la norma citada en su artículo 7°, de manera puntual estableció que se presume la existencia de acoso laboral, si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:

"a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;

b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;

c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;

d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;

e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;

f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;

g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;

h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;

i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;

j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;

k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;

l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;

m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;

n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social."

En los demás casos no enumerados, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del

acoso laboral, y excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.

Precisado la anterior, debe tenerse en cuenta que en este caso la queja de acoso laboral fue presentada por el actor ante el Comité de Convivencia Laboral de la empresa empleadora, el 10 de diciembre de 2018, fundamentada en la negativa en concesión de permisos "licencia de matrimonio – licencia no remunerada" y vacaciones frente a otros compañeros que si los recibieron, reclamaciones efectuadas al actor ante compañeros por quejas relacionadas con mal servicio, exigencia de laborar en tiempo suplementario, inducirlo a realizar alabanza cristiana (himno Epago), reclamaciones por cumplimiento de horario, malos tratos ordenándole callarse o salirse de la oficina, negativa a la redistribución de cargas laborales, entre otros, allegando también copia de la queja de acoso laboral presentada ante el Ministerio del Trabajo, en la que se pone de presente la queja formulada ante el comité de convivencia laboral.

Verificadas las documentales allegadas al expediente, no se observa que de las mismas puedan advertirse conductas constitutivas de acoso laboral, pues en su mayoría obedecen a documentos propios de la relación laboral y del cumplimiento de las obligaciones que este tipo de relación genera, tales como contrato, pagos al SGSS, certificado laboral con funciones, liquidación final de prestaciones sociales, carta

de identificación ocupacional CIO Epago de Colombia, comprobantes de nómina.

De igual forma, debe señalarse que si bien se allegaron los soportes de los permisos concedidos al actor (20/11/2017) y de la señora Mariana Montaño (08/09/2017), lo cierto es que de ambos se colige que a los mismos les concedieron 3 días (actor) y 2,5 días (Mariana Montaño) de permiso por matrimonio, sin que se evidencia distinción alguna entre ambos, debiéndose en todo caso señalar que no se allegó política o directriz alguna sobre el particular en el que se contemple tal concesión, ya que debe recordarse que nuestra legislación no consagra como prerrogativa laboral el permiso o licencia de matrimonio por lo que tales concesiones obedecerían al arbitrio del empleador.

Asimismo, el cruce de correos electrónicos aportados al expediente entre el actor y la señora Doris Díaz Cubillos, entre el 14 y 17 de septiembre de 2018, sobre la responsabilidad en el trámite de horas extras y novedades 2q de septiembre de 2018, lo que da cuenta es de situaciones propias del entorno laboral acaecidas respecto de decisiones aparentemente no autorizadas, pero que en modo alguno reflejan un trato incorrecto o afectación a la dignidad humana del entonces trabajador.

Nótese además que en los testimonios rendidos por Edilson Camilo Medina Gómez, Lida Janneth Velandía Botia, Nidia Yasmin Silva Wilches y Carol Maritza Rojas (ex compañeros de trabajo del actor), fueron contestes en señalar que no percibieron un trato distinto hacia el demandante y que

conocieron la orientación sexual del actor porque este mismo les comentó sobre ello, sin que esto generara algún cambio como compañeros, que no presenció descalificaciones o discriminaciones al actor pero si llamados de atención públicos efectuados por temas laborales, existiendo roces por la carga laboral, destacando que si bien no existían quejas por las funciones desplegadas si por el tono en que hablaba a los demás (Edilson Camilo Medina), que aunque en las reuniones mensuales el trato era fuerte así era para todos (Lida Janneth Velandía) y que los permisos solicitados a la señora Doris Díaz, a veces eran concedidos y otra veces no (Carol Maritza Rojas).

Todo lo anterior junto con los reconocimientos realizados por el señor Bladimir Alcalá, en el interrogatorio de parte absuelto respecto a que le fueron concedidos los permisos y vacaciones, conduce a considerar que en este caso no presentaron conductas constitutivas de acoso laboral, por el contrario las pruebas dan cuenta es de exigencias técnicas o del cumplimiento de obligaciones y deberes que debía seguir el trabajador, situaciones excluidas expresamente por el artículo 8 de la Ley 1010 de 2006.

En este punto, conviene recordar que para declarar la ineficacia del despido y el reintegro pretendido, se tiene que primero se requería acreditar la ocurrencia de los hechos constitutivos de acoso laboral, según lo establece el numeral 1° del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que señala:

> *"(…)*
>
> ***ARTÍCULO 11. GARANTÍAS CONTRA ACTITUDES RETALIATORIAS.*** *A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones,*

quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, ***siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.*** *(Subrayas y negrita fuera de texto)*

(…)"

De conformidad con la normatividad citada se tiene que para activar la garantía contra actitudes retaliatorias se debía primero verificar la ocurrencia de los hechos, aspecto que no se encuentra acreditado en el plenario, pues de una parte ello no es posible establecerlo per se de las quejas de acoso presentadas por el demandante y como se dijo tampoco pudo establecerse con las pruebas allegadas y practicadas en el proceso.

En lo que tiene que ver con la nulidad de la decisión del comité de convivencia laboral, nótese que de acuerdo con lo estipulado en artículo 12 de la Ley 1010 de 2006 y lo establecido jurisprudencialmente, la competencia sobre acoso laboral en materia sancionatoria está asignada a los jueces del trabajo, por lo que independientemente que el Comité de Convivencia no hubiese encontrado probada la ocurrencia de la conducta, corresponde al juez del trabajo tal verificación, siendo pertinente mencionar que las situaciones relacionadas con el cumplimiento o no de la conformación y el funcionamiento del Comité de Convivencia Laboral (Resoluciones 652 de 2012 y 1356 de 2012), son competencia

del Ministerio del Trabajo, en los términos del artículo 13 de la Resolución No. 652 de 2012[1].

Bajo las anteriores consideraciones se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

[1] ***Artículo 13 Resolución 652 de 2012***. *Sanciones. El incumplimiento a lo establecido en la presente resolución será sancionado de conformidad con lo dispuesto en los numerales a) y c) del artículo 91 del Decreto – ley 1295 de 1994, modificado por el artículo 115 del Decreto 2150 de 1995.*

Artículo 91 Decreto 1295 de 1994. *Sanciones. Modificado por el art. 115, Decreto Ley 2150 de 1995. Le corresponde al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, a través del Director Técnico de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, imponer las siguientes sanciones, frente a las cuales no opera el recurso de apelación. La competencia aquí prevista puede asumirla el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.*

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **LUIS EDUARDO SARMIENTO AVENDAÑO** CONTRA **EDGAR ARTURO SALAMANCA PINZON.**

RADICADO: 11001 3105 009 2020 00247 01

Bogotá D. C., Veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito

de Bogotá D.C., el 20 de octubre de 2021, en la que se condenó al demandado al pago del cálculo actuarial a favor del demandante y con destino a la AFP PRVENIR S.A. o en el fondo al que acredite estar afiliado el actor, por los periodos comprendidos entre el 16 de febrero al 7 de diciembre de 2012, sobre un salario de $ 1.200.000 mensuales; del 10 de febrero al 15 de diciembre de 2013 con un salario de $1.200.000 mensuales; del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2016 con salarios de $ 1.000.000, $ 1.850.000, $ 1.200.000 y $ 1.400.000, y por el día 18 de febrero con un salario mínimo mensual vigente.

En esta instancia se allegaron alegatos por la apoderada de la parte actora, en los que se ratifica en el fundamento del recurso de apelación.

I. ANTECEDENTES

El actor formulo demanda a través de apoderado con el objeto de que se declare la existencia del contrato verbal de trabajo a término indefinido, analizando para ello, la existencia de los elementos esenciales establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, así como la finalización de este sin una justa causa de manera verbal y unilateral por parte del demandado.

Consecuentemente solicita declarar la existencia de la omisión por parte del demandado, de las obligaciones establecidas en los artículos 17, 22, 161 y el numeral 1° del literal a) del artículo 157

de la Ley 100 de 1993 y todas aquellas normas concordantes y que señalan la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social Integral establecido en el artículo 1° de la señalada Ley.

Solicito se condenara el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y en especial la aplicable a los contratos a término indefinido, y la indemnización moratoria señalada en el artículo 65 del mismo código.

Fundamento sus pretensiones en la prestación del servicio por parte del actor en favor del demandado por más de seis años, durante los cuales este último omitió la obligación de pagar al actor las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social como la ley laboral establece.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demando contesto la demanda aceptando algunos hechos y negando otros, dejando claro que efectivamente se prestaron servicios personales en lapsos diferentes a los afirmados por el actor así:

Del 16 de febrero al 7 de diciembre de 2012, laboro para el señor EDGAR ARTURO SALAMANCA PINZON; del 10 de marzo de 2013 al 15 de diciembre de 2013, laboro para el EDGAR

ARTURO SALAMANCA PINZON; del 24 de febrero de 2014 al 31 de diciembre de 2014, laboro para la sociedad comercial CONSTRUCTORA SALAMANCA ARIAS S.A. empleador diferente a mi mandante, donde se corrobora, que existió ruptura de continuidad laboral con el hoy demandado; para el año 2015, el demandante LUIS EDUARDO SARMIENTO AVENDANO, laboró solo dentro del periodo comprendido entre el 1° de enero al 30 de abril de 2015; para la sociedad comercial CONSTRUCTORA SALAMANCA ARIAS S.A.S., empleador diferente a mi mandante, donde se corrobora, que existió ruptura de continuidad laboral con el hoy demandado ; para el año 2016 el demandante LUIS EDUARDO SARMIENTO AVENDANO, laboro solo dentro del periodo comprendido entre el 1° de agosto al 31 de diciembre de 2016; el demandante LUIS EDUARDO SARMIENTO AVENDANO, NO laboro para el periodo indicado en la demanda, para el ano 2017, donde se tiene prueba, de una incapacidad que el demandante, le entregara a mi mandante señor EDGAR ARTURO SALAMANCA PINZON, con el fin de que lo vinculara nuevamente como ayudante de construcción de obra, y dada su situación médica mi mandante le ofreciera el cargo de celador, que no acepto, en la incapacidad medica referida, se tiene que el empleador no era mi representado, toda vez que el hoy demandante se encontraba vinculado con la empresa CONSTRU NORTE DE COLOMBIA S.A.S., desvirtuándose por tanto lo afirmado en el presente hecho y lo pretendido en la demanda impetrada.

Adicionalmente, agrega la demandada que, conforme lo regula el artículo 488 del C6digo Sustantivo del Trabajo existe prescripción de la acción frente a las pretensiones.

BBVA Colombia., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y señaló que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el contrato de trabajo del actor se terminó con justa causa imputable al demandante, el 28 de octubre de 2019, razón por la cual no era procedente el pago de la indemnización por despido injusto reclamada ni ninguno de los rubros adicionales solicitados derivadas de ello, siendo que el actor recibió una dadiva por parte de CAFAM MELGAR, en los juegos deportivos del BBVA COLOMBIA – Lifest 360 2018, que resultó superior a los topes de aceptación de regalos establecidos por el Banco por concepto de cortesías o regalos (150 euros), evidenciándose un conflicto de intereses ya que

en ejercicio de sus funciones y estando en representación del Banco aprovechó su posición, para obtener un beneficio económico personal, dando prioridad a los intereses personales sobre los del Banco.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo ni debido, falta de título y de causa

en las pretensiones de la demanda, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, buena fe y genérica o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de octubre de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *PRIMERO. DECLARAR que entre LUIS EDUARDO SARMIENTO AVENDANO y EDGAR ARTURO SALAMANCA PINZON existieron cuatro contratos de trabajo a termino indefinido. El primero del 16 de febrero al 07 de diciembre de 2012, (b) El segundo del 10 de febrero al 15 de diciembre de 2013 (c) el tercero del 01 de agosto al 31 de diciembre de 2016, y (d) el cuarto durante la jornada del 18 de febrero de 2017*
>
> *SEGUNDO. CONDENAR a EDGAR ARTURO SALAMANCA PINZON a cancelar el cálculo actuarial a favor del demandante y con destino a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., o en el fondo de pensiones que acredite encontrarse vinculado el demandante (a) del 16 de febrero al 07 de diciembre de 2012, sobre un salario de $1,200,000 mensuales; (b) Del 10 de febrero al 15 de diciembre de 2013 con un salario de $1,200,000; (c) del 01 de agosto al 31 de diciembre de 2016, con un salario de $1,000,000 en el mes de agosto; $1,850,000 el mes de septiembre; $1,200,000 en el mes de octubre; y $1,400,000 en el mes de noviembre y diciembre de 2016; y, (d) Por el 18 de febrero de 2017 sobre el salario mínimo legal mensual vigente. Para lo cual, el demandado deberá presentar la correspondiente solicitud al Fondo de Pensiones referido, una vez ejecutoriada la presente decisión y cancelar la suma establecida por dicho Ente dentro del plazo máximo determinado por el mismo.*
>
> *TERCERO. DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada en su contestación, frente a las acreencias indicadas en la parte considerativa.*
>
> *CUARTO. ABSOLVER a EDGAR ARTURO SALAMANCA PINZON de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnizaciones, sanciones y demás acreencias solicitadas en el presente asunto por LUIS EDUARDO SARMIENTO AVENDANO.*
>
> *QUINTO. COSTAS Las costas serán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agendas en derecho la suma de 2 SMLMV de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probada la existencia de la vinculación laboral del actor con el demandado, los extremos de los cuatro periodos en que se desarrolló el contrato de trabajo, los salarios correspondientes, pero declaro probada la excepción de prescripción con fundamento en que, el 18 de febrero de 2017 fue el último día que laboró el actor y la demanda con la que se promovió el proceso se presentó el 27 de julio de 2020 (folio 30), lapso superior a los tres años que establecen los artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y de la S.S. como lapso para que ocurra la prescripción, sin que se hubiese acreditado interrupción de la misma; razón por la cual así lo declaro respecto de los derechos laborales del actor con excepción de las cotizaciones al sistema de seguridad social, por lo que impuso la condena al pago del cálculo actuarial correspondiente, al encontrar que el demandado omitió la afiliación del actor al sistema general de seguridad social. .

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del demandado manifestó conformidad con el fallo de primera instancia, mientras que la del actor, interpuso el recurso de apelación, con el objeto de que el tribunal revoque la declaratoria de la excepción de prescripción y en su lugar se condene al reconocimiento y pago de las prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar con ocasión de los servicios prestados por el trabajador en favor del demandado.

Para fundamentar el recurso de apelación, la apoderada manifiesta que la prescripción en los casos de declaratoria de contrato realidad, solo empieza a contar desde el momento de la sentencia que declara su existencia; citando como aplicable el precedente contenido en la sentencia con radicación 69.175 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en este caso existe presupuesto para declarar la prescripción como lo hizo la juez de primera instancia, o si por el contrario debe revocarse como lo solicita la recurrente.

Para el efecto la sala tendrá en cuenta los precedentes jurisprudenciales consignados entre otras en las sentencias de casación con radicados SL4358-2018 y SL3435 de 2021 que establecen en síntesis, que *los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador subordinado corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos, no desde la sentencia que declara la existencia del contrato de trabajo.*

Bajo la premisa anterior carece de sustento legal, jurisprudencial y factico la tesis de la apoderada recurrente, que plantea que la prescripción empieza a correr a partir de la

declaratoria del contrato realidad. Debe precisarse adicionalmente: i) que en el presente caso no estaba en discusión la existencia de un contrato realidad, pues la condición de trabajador del demandante fue reconocida por la demandada; ii) que la sentencia citada por la apelante no se refiere al tema de la prescripción y iii) que es pacifica la línea jurisprudencial en materia de la contabilización de la prescripción de las acciones laborales.

Por lo expuesto se confirmará la sentencia impugnada y se impondrán costas a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de octubre de 2021, en el proceso promovido por LUIS EDUARDO SAARMIENTO AVENDAÑO contra EDGAR ARTURO SALAMANCA PINZON, por las razones expuestas.

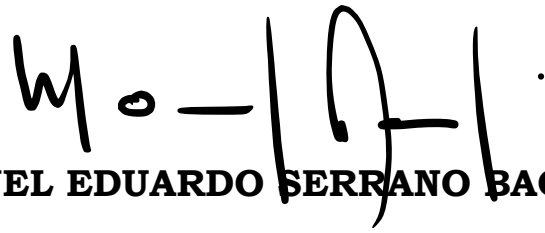
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $200.000, a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada; inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **ANGELA CONDE VILLANUEVA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** VINCULADA **LUISA FERNANDA GAMBOA GARCÍA.**

RADICADO: 11001 3105 015 2020 00375 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

En forma previa a entrar resolver los recursos de apelación formulados, se observa que se allegó solicitud por la apoderada general Colpensiones Dra. María Camila Bedoya García en los siguientes términos "(…) me permito solicitar respetuosamente a su Honorable Despacho aceptar renuncia como apoderado, lo anterior teniendo en cuenta que la apoderada general y el abogado sustituto terminan su vínculo

civil y comercial con la entidad demandada el día 15 de mayo, razón por la cual contractualmente no pueden ejercer la defensa de Colpensiones.", no obstante, no se cumple con los requisitos establecidos en e articulo 76 del C.G.P., razón por la cual no es posible aceptar la renuncia solicitada.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril 2022, en donde se ordenó a Luisa Fernanda Gamboa al pago de los aportes al SGSS en pensiones adeudados y a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez previa desafiliación y pago de cálculo actuarial. Lo recursos de apelación tienen por objeto de un lado que se ordene el reconocimiento de la pensión sin condicionamiento alguno, la condena en costas a Colpensiones y de otro se coadyuva la petición de la parte actora y se solicita la absolución de costas.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los que reiteraron los argumentos expuestos en el tramite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que Colpensiones omitió su deber de cobro ante la

empleadora Luisa Fernanda Gamboa, debiendo responder por las semanas que debieron ser cotizadas por ésta y que no se reportaban en la historia laboral de la actora, en consecuencia, se condenara a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en 13 mesadas anuales, junto con el retroactivo causado a partir del 20 de diciembre de 2019 y los intereses de mora.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que fue afiliada al ISS por vínculo laboral con la señora Luisa Fernanda Gamboa Castilla, el 28 de julio de 1994; que la relación laboral duró hasta el 13 de abril de 2016, fecha hasta la que la empleadora debió cotizar en pensiones y hasta la que se reportó la fecha de retiro; que el IBC durante la vigencia del contrato fue el SMMLV; que en la historia laboral de la actora figuran periodos de cotización; que Colpensiones omitió el deber de cobro de los aportes que resultan no pagados en esos periodos de tiempo; que a partir del 1° de Mayo de 2016, la actora empezó a cotizar como independiente a Colpensiones para pensiones y que si se tenía en cuenta el periodo desde 1994-07 al 2020-09, debia haber mas de 1300 semanas cotizadas, no obstante, el 28 de febrero de 2020, presentó solicitud de reconocimiento pensional, la cual le fue negada mediante Resolución SUB 92662 del 16 de Abril de 2020, por ni reunir 1300 semanas cotizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no eran ciertos otros. El

fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que si bien la demandante se afilió el 28 de julio de 1994 hasta el 30 de abril de 2016, con la empleadora Luisa Fernanda Gamboa, no se dio de manera ininterrumpida y existen novedades de retiro, por tanto no se contabilizan las semanas en las cuales no estuvo afiliada por su empleadora, adicionalmente, en cuanto a la pensión de vejez aludió que la actora no había cumplido los requisitos de ley pues de acuerdo con lo reflejado en la historia laboral la misma solo contaba con 1163.29 semanas. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y declaratoria de otras excepciones.

Mediante auto del 27 de agosto de 2021, se ordenó la vinculación al proceso como litisconsorte necesaria a la señora **Luisa Fernanda Gamboa Castillo**, quien al dar contestación a la demanda aludió que nunca dejo de cotizar a la seguridad social en pensiones mientras la actora estuvo vinculada a su servicio y que Colpensiones jamás le hizo cobros relacionados con el tema de cotizaciones a su representada y aclaró que si bien hubo un periodo corto en que la señora Conde Villanueva, no prestó servicios laborales, el juez ordinario dijo lo contrario (Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.), en todo caso Colpensiones, no persiguió deuda alguna dado que no hubo atrasos de su parte. Propuso las excepciones de inexistencia de causa, inexistencia de la obligación e imposibilidad jurídica de deducir obligaciones y responsabilidades a la demandada,

inexistencia del derecho pretendido, pago, buena fe y cobro de lo no debido.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2022., el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> **PRIMERO: CONDENAR** a la integrada como litis LUISA FERNANDA GAMBOA en su condición de empleadora de la demandante ANGELA CONDE VILLANUEVA al pago ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de los aportes a la seguridad social en pensiones adeudados así:
>
> Del periodo diciembre del año 1994 deberá pagar los correspondientes aportes con sus correspondientes intereses moratorios, liquidados por COLPENSIONES.
>
> Ordenar también pagar los periodos correspondientes a los periodos de octubre del año 1995 a febrero del año 1996, abril del año 1996 a octubre del año 1997, agosto del año 1998 a enero del año 2000 y junio 2001, lo cual lo hará por medio del cálculo actuarial que deberá elaborar entonces la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para el efecto se tendrá en cuenta la liquidación de este aporte pensional con los intereses y el calculo actuarial el salario mínimo legal mensual vigente para cada uno de estos años o periodos, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.
>
> **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante ANGELA CONDE VILLANUEVA la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 del 2003 en una suma que corresponderá al salario mínimo legal mensual vigente y la cual se hará efectiva su pago una vez se acredite por parte del empleador el pago de la cotización y el cálculo actuarial referido en el numeral anterior, y se acredite el retiro efectivo del sistema por parte de la señora demandante todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.
>
> **TERCERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones invocadas en la acción, esto es lo correspondiente a los intereses moratorios, conforme se expuso en la parte motiva
>
> **CUARTO:** Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.
>
> **QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte integrada como litis, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2022. **SIN COSTAS** a favor ni en contra de **COLPENSIONES** conforme se expuso en la parte motiva.

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que se había presentado reclamación administrativa y que en este caso se presentaba una cosa juzgada respecto a

la decisión expedida por el juzgado 37 laboral del Circuito, confirmada por el Tribunal a cerca de la relación laboral existente entre la actora y la señora Luis Fernanda Gamboa Castilla, por el periodo comprendido entre el 28 de julio de 1994 y el 13 de abril de 2016.

Acto seguido, considerando lo anterior, procedió a analizar lo relacionado con los aportes, advirtiendo del expediente administrativo allegado por Colpensiones que la integrada a la litis señora Gamboa Castilla dejo de cotizar por los siguientes periodos: 12-1994 (4,29 semanas); 10-1995 a 02-1996 (17,16 semanas); 04-1996 a 10-1997 (81,51 semanas); 08-1998 a 01-2000 (72,93 semanas) y 06-2001 (4,29 semanas), para un total de 175,89 semanas las cuales sumadas a las 1163 reportadas en la historia laboral, generaba un acumulado de 1338 semanas.

De las anteriores semanas, evidenció que solo el periodo de cotización 12-1994 constituía mora en el pago de aportes mientras que respecto de los demás periodos habría una omisión en la afiliación dados los reportes de retiro efectuados por la empleadora, en consecuencia y dada la determinación efectuada en el proceso adelantado en el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá respecto a la existencia de una sola relación laboral, ordenó el pago de la cotización 12-1994 con los intereses de mora y la relación de un cálculo actuarial a cargo de la señora Gamboa Castilla, sobre el SMMLV.

Subsiguientemente, manifestó que se encontraban reunidos los requisitos para ordenar el reconocimiento

pensional, no obstante, condicionó el mismo a que previamente se efectuara el retiro del sistema a efectos de establecer cuando se había cotizado la última semana, igualmente, precisó que dadas las decisiones emitidas por el Tribunal acogía lo expuesto en estas respecto a que se requería pagar el cálculo actuarial en forma previa al reconocimiento pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de la parte actora y de la señora Luisa Fernanda Gamboa, presentaron recurso de apelación contra la decisión sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de la parte actora,** manifestó estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia en lo que tenía que ver con el condicionamiento realizado para el reconocimiento de la pensión de vejez, pues afirma que Colpensiones negó la prestación por no haber encontrado la conformación de la historia laboral suficiente (1300 semanas) cuando lo cierto era que si estaba, por lo que el reconocimiento no debia efectuarse desde el retiro del sistema sino desde la solicitud efectuada a Colpensiones en febrero de 2020 o en los 4 meses siguientes, también alude que no se podía condicionar el reconocimiento pensional al pago del cálculo actuarial ya que ello atentaba contra las normas y lineamientos jurisprudenciales, cargas que los afiliados no tendrían porque asumir. Finalmente, indica que en este caso procedía la condena en costas a cargo de Colpensiones.

El apoderado de la señora **Luisa Fernanda Gamboa**, manifestó que coadyudaba lo manifestado por el apoderado de la parte actora en cuanto a que la decisión iba en contra de la jurisprudencia pues la C.S.J., S.C.L., contemplaba que Colpensiones tenía el deber de conservación de la historia laboral, de manera que tal entidad contaba con la infraestructura para identificar las inconsistencias, asimismo, aludió que su mandante siempre estuvo atenta a las afiliaciones y si bien hubo unos retiros, se determinó en el fallo judicial que se trato de una sola relación laboral y si bien no se trataba de que la entidad adivine este tipo de situaciones, en todo caso era quien tenía la custodia y revisión de la historia laboral.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la actora considerando el condicionamiento efectuado en primera instancia, si resultaba viable la condena en costas a cargo de Colpensiones y de la señora Luis Fernanda Gamboa.

En el presente asunto no existe controversia respecto a que la actora presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el reconocimiento pensional como se colige de la Resolución No. Sub 92662 del 16 de abril del año 2020 y tampoco respecto a que en el Juzgado 37 Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., curso demanda que tuvo como partes a la señora Angela Conde Villanueva (demandante) y a la señora Luisa Fernanda Gamboa Castillo (demandada), en donde se determinó que entre estas existió una relación laboral durante el periodo comprendido entre el 28 de julio de 1994 y el 13 de abril de 2016, decisión que fue confirmada por esta Corporación, lo cierto es que el efecto de cosa juzgada solo acaece respecto de la relación laboral allí determinada, por lo que ello no interfiere en el proceso aquí adelantado pues en este caso lo que se solicita es el reconocimiento de una pensión de vejez (Colpensiones) considerando unos aportes al SGSS en pensiones adeudados (Luisa Fernanda Gamboa), situaciones no controvertidas en el proceso aludido.

Precisado lo anterior, al asumir el análisis de la decisión en consulta en favor de Colpensiones en tanto que se ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez condicionada, que es el asunto frente al cual giran los recursos de apelación presentados por los recurrentes, conviene recordar que esta sala tiene sentado que el reconocimiento y pago de cualquier pensión solo es procedente una vez se haya dado efectivo cumplimento a la orden impartida respecto al cálculo actuarial, esto es, cuando se tenga la totalidad de información y recursos del demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en su historia laboral a efectos que la administradora pensional pueda analizar la prestación con datos concretos y de manera precisa y sin lugar equívocos, tal y como se ha señalado por

nuestro órgano de cierre en diversas oportunidades en donde ha explicado que las semanas que se convalidan con el pago de un cálculo actuarial hacen parte del haber de cotizaciones del trabajador y valdrán para analizar tanto las condiciones de acceso, como para determinar si se causó o no un derecho pensional (Sentencias CSJ SL14388-2015, CSJ SL068-2018, SL4921-2021), por lo que se revocara la decisión siendo que no resulta viable el reconocimiento pensional, hasta que no se acredite el pago del cálculo actuarial y se registren las semanas en la historia laboral.

En esa medida, al revocarse lo relacionado con el reconocimiento pensional resulta claro que nada habrá de analizarse sobre los condicionamientos efectuados sobre este asunto en la decisión de primera instancia, siendo claro que al no resultar condenada Colpensiones en modo alguno tampoco resultaba procedente la condena en costas.

En cuanto a la inconformidad del apoderado de la señora Luisa Fernanda Gamboa, respecto a que nuevamente fuera condenada en costas, debe anotarse que este asunto como se explicó en líneas anteriores corresponde a un proceso nuevo, con pretensiones distintas que no se encuentra cobijado por la cosa juzgada, razón por la cual, atendiendo a lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, se tiene que procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia recurrida, en tanto que la señora Gamboa Castilla resultó condenada al pago de los aportes que se encontraron adeudados.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de abril de 2022, para en su lugar absolver a Colpensiones del reconocimiento pensional ordenado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la señora Luisa Fernanda Gamboa Castilla.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $400.000, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **MARTHA HELENA ARIAS DE CONTRERAS** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** Y **DIANA MAGALY ARIAS COCOMA**.

RADICADO: 11001 3105 018 2017 00336 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida el 2 de junio de 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. En la

sentencia de primera instancia se condenó al reconocimiento y pago del 50% de la sustitución pensional del señor Germán Contreras en favor de la señora Martha Helena Arias de Contreras en un porcentaje del 36.11% y de la señora Diana Magaly Arias Cocoma del 13.89% y se ratificó el reconocimiento del 50% de la sustitución pensional en favor de la joven María Camila Contreras en calidad de hija menor de 25 años (estudiante). El recurso de apelación tiene por objeto que se sustituya en el 50% la mesada en favor de la señora Martha Helena Arias.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se le reconociera como única beneficiaria de la pensión de sobrevivencia del señor Germán Contreras Abril, en calidad de cónyuge supérstite, en consecuencia. se condenará a Colpensiones a reconocerle y pagarle, la pensión de sobrevivencia desde el 2 de junio de 2016, en un 100% del valor de la mesada, al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que nació el 12 de septiembre de 1949; que

contrajo matrimonio con el señor Germán Contreras, el 16 de febrero de 1974, unión de la cual se procrearon 3 hijos de nombres: Ana Rocío, Javier Hernando y César Augusto Contreras Arias; que convivió con el causante hasta la fecha de su fallecimiento, el 2 de julio de 2016; que a la fecha de fallecimiento del señor Contreras Abril, este ya se encontraba disfrutando de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones desde el primero de agosto de 2011; que el señor Germán Contreras, nunca hizo vida en común de manera simultánea con ninguna otra pareja durante los últimos 5 años previos a su fallecimiento y que al solicitar el reconocimiento pensional, Colpensiones mediante resolución. GNR 251157 del 25 de agosto de 2016, negó la prestación ya que también se presentó a reclamar la señora Diana Magaly Arias, dejando en suspenso el derecho, no obstante, se reconoció el equivalente al 50% del valor de la mesada a la menor María Camila Contreras Arias.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, acepto algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radico en que la entidad, mediante resolución GNR 262560 del 18 de octubre de 2013, efectuó el reconocimiento de la pensión conforme lo establecía la ley, asimismo, indicó que debía tenerse en cuenta que atendiendo a lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, el reconocimiento pensional se realizaría al cónyuge o compañera permanente o a los hijos, sin embargo, en caso de controversia, se

suspendería la porción pensional correspondiente y se aplicaría lo manifestado por la C.S.J., S.C.L., en sentencia del 12 de marzo de 1999.

Propuso las excepciones de Prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, innominada o genérica.

Diana Magaly Arias Cocoma, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que quien convivió en unión libre en los últimos 20 años, con el señor Germán Contreras al momento de su deceso, fue la señora Diana Magaly Arias, asimismo, indicó que en su momento Colpensiones estudió y valoró las pruebas que llevaron a proferir los actos administrativos contenidos en la Resolución GNR No. 251157 del 25 de agosto de 2016 y la resolución GNR 374870 del 7 de diciembre de 2016, en donde se reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobreviviente de la siguiente manera: a María Camila Contreras Arias en su condición de hija menor del causante, en un porcentaje del 50%, para la señora Martha Helena Arias de Contreras, en un porcentaje del 33.70%. en calidad de cónyuge y para la señora Diana Magaly Arias, en un porcentaje del 16.30% en su calidad de compañera permanente.

Propuso las excepciones de inepta demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado por la demandante, excepción de oficio o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de junio de 2021, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> "**PRIMERO: CONDENAR** a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a favor de la señora MARTHA ELENA ARIAS DE CONTRERAS, en un porcentaje igual al 36.11% de la mesada pensional del señor GERMÁN CONTRERAS ABRIL, mientras que el 13.89% restante le corresponde a la señora DIANA MAGALY ARIAS COCOMA, de conformidad a las precisiones precedentemente expuestas, sumas que deberán ser canceladas a la ejecutoria de esta sentencia.
>
> **SEGUNDO: RATIFICAR** en reconocimiento y pago la sustitución pensional a partir del 2 de julio de 2016 a favor de la joven MARÍA CAMILA CONTRERAS ARIAS, en un porcentaje igual al 50% de la mesada pensional del señor GERMÁN CONTRERAS ABRIL, en calidad de hija menor de 25 años estudiante, de conformidad a las precisiones precedentemente expuestas.
>
> **TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada relevándose del estudio de las restantes dado el resultado de la litis.
>
> **CUARTO: ABSOLVER** la pasiva ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda.
>
> **QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.
>
> **SEXTO:** Contra la presente decisión procede el recurso de apelación en caso de no ser apelada la presente providencia remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**
>
> **Nota:** Ante solicitud de adición de la sentencia efectuada por el apoderado de la señora DIANA MAGALY ARIAS, el despacho aclaró el numeral segundo de la sentencia en el sentido que una vez MARÍA CAMILA CONTRERA ARIAS cumpliera los 25 años de edad, acrecerá el 50% restante a las demandantes señoras MARTHA HELENA ARIAS DE CONTRERAS y DIAN AMAGALY ARIAS en los porcentajes establecidos.

Como fundamento de su decisión argumentó que con las pruebas allegadas y practicadas especialmente los testimonios recaudados en el proceso, quedaba claro que el

causante señor Contreras Abril había hecho vida marital con la señora Martha Helena Arias durante el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1974 (fecha de matrimonio) y hasta el fallecimiento de causante (2 de julio de 2016), así como que este también había tenido una convivencia efectiva con la señora Diana Magaly Arias, entre el 7 de junio de 2000 hasta el 2 de julio del año 2016, por lo que la pensión se dividiría entre ellas en proporción al tiempo de convivencia, esto era, en un 36,11% y 13,89% respectivamente, montos en los que se modificaría lo dispuesto en la Resolución No. 374870 de 2016, lo que se haría efectivo al momento de la ejecutoria de la sentencia y que respecto de María Camila Contreras, al estar acreditada su condición de hija, debia mantenerse el 50% reconocido por Colpensiones.

Finalmente, se indicó que no se accedió a intereses moratorios ni a la indexación por cuanto ya se había efectuado el reconocimiento pensional por Colpensiones y lo único que había efectuado el despacho era modificar los porcetajes, tampoco encontró que hubiere operado el fenómeno de la prescripción siendo que el causante falleció el 2 de julio de 2016, Colpensiones efectuó el reconocimiento el 7 de diciembre de 2016 y se presentó la demanda el 24 de febrero de 2017.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente

Que no estaba de acuerdo con la decisión en cuanto a que el señor Germán Contreras no sostuvo una convivencia con la señora Diana Magaly Arias, como podía advertirse de lo mencionado por esta misma señora en su interrogatorio de parte, pues aunque los unía el vínculo de su hija María Camila compartían en forma esporádica lo que no podía conllevar a concluir una convivencia simultánea, en consecuencia solicita que se le otorgue el 50% de la mesada pensional, de igual forma, reclama que se conceda la indexación de las sumas adeudadas teniendo en cuenta que desde la fecha de la resolución con la cual se distribuyeron los porcentajes, no le han pagado las mesadas pensionales hasta la fecha.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente efectuar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora Martha Helena Arias de Contreras en calidad de cónyuge y Diana Magaly Arias Cocona en calidad de compañera permanente en los porcentajes determinados por el a quo, así como si resultaba procedente la indexación de las mesadas dejadas en suspenso.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) el señor Germán Contreras Abril, falleció el 2 de julio de 2016; ii) que María Camila Arias Contreras, nació el 7 de junio del año 2000 y es hija de la señora Diana Magaly Arias y del causante; iii) que mediante Resolución No. 25305 de 2012, el ISS hoy Colpensiones, le reconoció pensión de vejez al señor Contreras Abril, efectiva a partir del 1° de agosto de 2011, en cuantía de $1.766.859; iv) que con ocasión del fallecimiento se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes del causante, la señora Martha Helena Arias de Contreras (12 de julio de 2016) y Diana Magaly Arias Cocoma y María Camila Contreras Arias (19 de julio de 2016); v) que mediante Resolución No. 251157 del 25 de agosto de 2016, se reconoció pensión de sobrevivientes a la joven María Camila Contreras Arias y se dejó en suspenso el reconocimiento a las señoras Martha Helena Arias y Diana Magaly Arias y vi) que mediante Resolución No. GNR 374870 del 7 de diciembre de 2016, se modificó resolución No. 251157 de 2016, ordenando reconocer y pagar la sustitución pensional a la señora Martha Helena Arias en un porcentaje del 33,70% en calidad de cónyuge y a las señora Diana Magaly Arias Cocoma, en un porcentaje del 16,30% en calidad de compañera permanente (ingresadas en nómina el 01-2017 que se paga el 02-2017), asimismo, ordenó seguir cancelando la mesada a María Camila Contreras en un porcentaje del 50%.

Bajo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma, por la Ley 797 de

2003, toda vez que la muerte del señor Germán Contreras Abril, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (2 de julio de 2016).

Así, se tiene que **el artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), contempla los requisitos generales para obtener la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional en los siguientes términos:

> *"Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
>
> ***1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y**, (Subrayas y negrita fuera de texto)*
>
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*
>
> *(…)".*

A su turno el **artículo 47 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a las siguientes personas:

> "(….)
>
> a) En forma vitalicia, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;
>
> b) En forma temporal, el *cónyuge o la compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).
>
> Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero o compañera permanente,* con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a

> percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.
>
> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo[1]. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. *La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente*;
>
> c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de *invalidez*. Para determinar cuándo hay *invalidez* se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;
>
> (...)"

De la anterior normativa se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un pensionado, se tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando se acredite la convivencia con él o la causante por espacio de 5 años anteriores a la muerte y que la pensión sería vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tuviera más de 30 años al momento del fallecimiento, así como que en caso de convivencia simultánea o en los eventos en que se mantiene vigente la unión matrimonial pero existe una separación de hecho, se dividirá el monto de la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (C.S.J., S.C.L, Sentencias Rad. No. 40055 de 2011, SL13368-2014 y SL1399-2018).

---

[1] la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, declaró condicionalmente exequible tal aparte, en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Bajo el anterior entendimiento y como quiera que, en este caso, no es objeto de controversia que las señoras Martha Helena Arias de Contreras, Diana Magaly Arias Cocoma y María Camila Contreras Arias, fueron consideradas por Colpensiones como beneficiarias del señor Germán Contreras Abril, en calidad de cónyuge, compañera e hija del causante respectivamente, según se desprende de los reconocimientos efectuados en la Resolución No. GNR 374870 del 7 de diciembre de 2016, se procederá a analizar el reparo efectuado por la apoderada de la señora Martha Helena Arias, quien cuestiona que no se presentó una convivencia simultánea y por el contrario el causante solo sostuvo una relación esporádica con Diana Magaly Arias Cocoma.

En cuanto a la convivencia con la señora Diana Magaly Arias Acuña, se tiene que rindieron testimonio las señoras María Eduviges Galindo y Amparo Melo Esquivel, de cuyas declaraciones se desprende que eran amigas de antaño de la señora Diana Magaly Arias Acuña 820 (20 -25 años), que se conocieron porque a sus hijos los cuidaba una misma señora en un inquilinato en el barrio babilonia, dieron cuenta que para el año 1997 - 1998, los señores German Contreras y la señora Diana Magaly Arias, ya tenían una relación, señalándose por la señora Melo Esquivel, que para el año 2000, ellos ya convivían pues después del nacimiento de la hija María Camila ya se trataba de un relación seria, de igual forma, indicaron que la convivencia entre la pareja era permanente, que el señor contreras solo se ausentaba por

temas laborales, que el mismo trabajaba para la empresa de energía de Bogotá y que ello les constaba porque la señora Galindo vivía cerca a la pareja y los visitaba con frecuencia (semanalmente) además porque sus hijas eran amigas, aduciéndose por la señora Melo que aunque con el tiempo cambio de lugar de residencia, mantuvo la amistad a lo largo de los años, compartían los fines de semana o cuando visitaba la casa de su madre que vivía cerca a la pareja o que incluso se quedaba en la casa de ellos cuando tenia vueltas que hacer porque en la casa de su mamá no había espacio y que el señor Contreras Abril, falleció de un derrame cerebral.

Nótese, además que del resumen de la atención clínica que le fue suministrada al causante en la Fundación Cardioinfantil, se desprende que la acompañante del señor Contreras Abril era la señora Diana Magaly Arias, situación que coincide con lo manifestado por la testigo María Eduviges Galindo, en cuanto afirmó que quien llevó a la clínica al señor Contreras Abril fue la señora Diana Magaly Arias y que incluso ella (la testigo) la acompañó a la clínica, el día siguiente.

Asimismo, se allegaron copias de los carnets de seguro de previsión exequial del causante con fechas de inicio de vigencia del 01/12/2003 y del 01/12/2004, en los cuales figura como beneficiaria la señora Diana Magaly Arias, además se observa que de las facturas allegadas y la declaración extra juicio rendida por la señora Arias Cocoma que su dirección de residencia era Cra. 8C # 186-67 Torre 22 apto 103, dirección que coincide con los llamados de atención

efectuados al señor German Contreras Abril, durante el mes de octubre de 2015.

Las anteriores pruebas, resultan suficientes para confirmar la decisión del a quo en la medida que confirman la convivencia simultánea con la señora Diana Magaly Arias Cocona con el causante señor German Contreras Abril, por lo menos desde el 7 de junio de 2000 hasta la fecha de fallecimiento del mismo (02 de julio de 2016), en cuanto a la proporción establecida, si bien se efectuaron las operaciones aritméticas se observa que el tiempo total de convivencia ascendió a 42,38 años, por lo que del 50% de la mesada, le correspondía a la señora Martha Helena Arias, la proporción de 31,04% mientras que a la señora Diana Magaly Arias, la proporción de 18,96%, en todo caso como el juez no puede desmejorar la condición del apelante único, no habrá lugar a realizar modificación alguna.

Asimismo, debe indicarse que en este caso tampoco operó el fenómeno de la prescripción, dado que las reclamaciones de la pensión fueron presentadas el 12 y 19 de julio de 2016 (mismo mes de fallecimiento del actor), mediante resolución No. GNR 374870 del 7 de diciembre de 2016, se efectuó el reconocimiento pensional a las señoras Martha Helena y Diana Magaly y la demanda fue presentada el 5 de junio de 2017.

Finalmente, en cuanto a la indexación de las sumas se tiene que en la decisión de primera instancia se determinó que la modificación en los porcentajes se efectuaría a la

ejecutoria de la sentencia dado que ya se venía reconociendo la pensión por Colpensiones, en esa medida y dado que en efecto en la Resolución No. GNR 374870 del 7 de diciembre de 2016, se indicó que tanto la prestación junto con el retroactivo a que hubiere lugar de la señora Martha Helena Arias y Diana Magaly Arias, se ingresarían en la nómina del periodo 201701 que se pagan en el periodo 201702, por lo que no hay lugar a la indexación reclamada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 2 de junio de 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA DEL PILAR ABELLA PAEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 020 2021 00443 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de marzo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el presente asunto el traslado de régimen pensional goza de plena validez, siendo una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, esto de conformidad con el artículo 107 de la Ley 100 de 1993.

PORVENIR S.A., solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni resultaron

demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT, que contiene declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que la actora tuvo un traslado de régimen pensional sin tener conocimiento cabal de las consecuencias de tomar una decisión, ya que las demandadas en ningún momento cumplieron con el requisito de brindar doble asesoría e informarle la totalidad de beneficios y de aspectos negativos que acarrearía dicha decisión, viciando así el consentimiento.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP a trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación realizada, así como también las cotizaciones con todos los rendimientos que se hubiesen causado y los gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 26 de octubre de 1967; que efectuó cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales contando con 190,14 semanas; que se trasladó a Colfondos S.A., en el mes de julio del 2000; sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera brindado la información necesaria acerca del régimen pensional.

Como fundamento normativo, en los artículos 5,11 y 12 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los artículos 2,13,23,29,48,49, 53,58 y 150 de la Constitución Política, los artículos 1, 10, 11, 21,33,36,141 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicados números 68852 de 2019, 1452 de 2019, 1421 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre, y voluntaria afirmación a la que se arriba de conformidad con los elementos probatorios no se observa la configuración de algún elemento del presunto error. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP sin brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que ninguna de las pretensiones de la demanda está llamada a prosperar, no existe fundamento fáctico ni jurídico que imponga condena de las sumas adeudadas actualizadas a cargo de la AFP. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de marzo de 2023, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MARIA DEL PILAR*

ABELLA PAEZ, el día 22 DE NOVIEMBRE DE 1994, al FONDO PENSIONAL COLFONDOS con posterior traslado horizontal al fondo PORVENIR, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP COLFONDOS S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la señora MARIA DEL PILAR ABELLA PAEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., en caso de tener cotizaciones de pensiones a favor de la afiliada MARIA DEL PILAR ABELLA PAEZ, restituir junto con los rendimientos financieros a Colpensiones.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A Y AFP PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: CONSULTAR en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de COLPENSIONES, entidad administradora de pensiones de la cual es garante la Nación."

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a los artículos 271, 272 y el literal b de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; artículos 167 del Código General del Proceso; artículo 1604 del Código Civil y principalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias radicados 31989, 31314 de 2008, radicado 33803 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 19477 de 2017, SL 4964, SL 1688 de 2018, SL 373 de 2021, la Corte ha indicado que cuando no hay libertad informada la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que al declarar la ineficacia del traslado se está violentando la prohibición legal que indica que no se puede trasladar de régimen cuando faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión, precisó que las AFP cumplieron con el lleno de requisitos legales conforme a derecho, en virtud de que se avizora que se realizaron las asesorías legales que se exigían para la época no solamente en el traslado inicial sino en el traslado horizontal, por lo que

la demandante tuvo las oportunidades para despejar cualquier duda; señaló que las decisiones de ineficacia vía proceso ordinarios afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional; solicitó no condenar en costas a Colpensiones, ya que la entidad no tuvo injerencia en el traslado que se realizó; por otro lado, concluyó que si se llegare a confirmar la sentencia de instancia se ordene la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que al no existir el acto jurídico de traslado las AFP no podrían tener dichos dineros.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional,

cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter*

exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 22 de noviembre de 1994.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó al demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A y Colfondos S.A, a devolver los valores utilizados en seguros gastos de administración y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de marzo de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A y Colfondos S.A., a devolver los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **OSCAR JULIAN GÓMEZ SANTAMARIA** CONTRA **METROKIA S.A.**

RADICADO: 11001 3105 025 2017 00233 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de octubre de 2021, en la que se condenó a la demandada a la reliquidación de las prestaciones sociales con ocasión de la incidencia salarial de

las bonificaciones no salariales, al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y a la indemnización por despido injusto. Los recursos de apelación tienen por objeto de un lado que se revise el valor en que fue ordenado el reajuste prestacional y el pago de una comisión no cancelada y de otro que se tenga en cuenta la desalariación de que fue objeto la bonificación no salarial y que el contrato de trabajo finalizó por una justa causa y de esta manera se absuelva a la demandada de todas las pretensiones formuladas.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que la erogación denominada bono no salarial, y demás erogaciones que recibió en contraprestación de sus servicios constituía salario en consecuencia se condenara a la demandada a liquidar y pagar el reajuste de las prestaciones sociales y vacaciones por el periodo laborado, al pago de la indemnización por despido injusto, al pago de las comisiones que no le fueron canceladas a la indemnización moratoria o en subsidio a la indexación de las sumas y al pago de las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que las partes suscribieron contrato a término fijo, el día 4 de septiembre de 2012; que posteriormente el 4 de enero de 2013, suscribieron otrosí al contrato de trabajo modificando la modalidad del contrato a

término indefinido a partir de la fecha inicial de suscripción; que se desempeñó como asesor comercial en la demandada; que devengaba una suma variable compuesta de una suma mensual fija y comisiones por venta; que recibió sumas de dinero que ingresaban a su patrimonio en forma habitual y para su libre disposición denominadas bonificaciones no salariales, las cuales se reconocieron todos los meses; que el 4 de julio de 2015, fue despedido por no haber cumplido con un requisito mínimo de ventas, no obstante, no se promovió un debido proceso con un recaudo probatorio racional; que al elaborarse la liquidación final de prestaciones sociales se desconocieron las otras erogaciones que le pagaban de forma habitual ente ellas las bonificaciones no salariales y que no se le cancelaron las últimas comisiones causadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Metrokia S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que las bonificaciones no eran salariales no solo porque no reunían los requisitos legales para ser consideradas como tal sino porque las partes pactaron que dichos pagos no tenían injerencia salarial, asimismo puntualizó que liquidaron todas las acreencias del ex trabajador teniendo en cuenta la totalidad de conceptos salariales devengados, esto era, el salario básico y las comisiones por venta y recaudo, por lo que no había lugar al reajuste pretendido, en cuanto a la terminación del contrato,

señaló que este se dio por finalizado con fundamento en las irregulares conductas en que incurrió el ex trabajador las cuales fueron plenamente corroboradas mediante el procedimiento disciplinario adelantado, finalmente, se mencionó que no se adeudaba al demandante ninguna comisión por venta o recaudo, ya que se le cancelaron todas aquellas que cumplían con las condiciones para su reconocimiento.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de octubre de 2021, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> **PRIMERO:** DECLARAR que el demandante señor ÓSCAR JULIÁN GÓMEZ SANTAMARÍA, C.C. 1.014.200.078 y la demandada METROKÍA SA, existió un contrato a término indefinido desde el 4 de septiembre de 2012 y hasta el 3 de julio de 2015, desempeñando el cargo de asesor comercial de vehículos, el cual terminó sin justa causa imputable al empleador, con un último salario promedio mensual de $2.865.693 pesos, incluido el concepto denominado "bono no salarial", por lo motivado en la presente sentencia.
>
> **SEGUNDO:** DECLARAR que la demandada METROKIA S.A. no canceló correctamente a la terminación del contrato en debida forma sobre el verdadero salario mensual devengado al actor, los conceptos de cesantías, intereses de las cesantías, vacaciones, primas de servicios durante la vigencia del contrato laboral a término indefinido entre el 4 de septiembre de 2012 y hasta el 3 de julio de 2015, por lo motivado.
>
> **TERCERO:** CONDENAR a la demandada MATROKIA S.A. a pagar al demandante señor ÓSCAR JULIÁN GÓMEZ SANTAMARÍA, ya identificado por concepto de reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, primas vacaciones durante la vigencia , los cuales ascienden a la suma de $8.505.732 pesos, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago por lo motivado.
>
> **CUARTO:** DECLARAR Y CONDENAR que el demandado METROKIA S.A. debe cancelar al señor demandante, señor ÓSCAR JULIÁN GÓMEZ SANTAMARÍA, la indemnización del artículo 65 del C.S.T., a razón de 95.523 pesos a partir del 4 de julio de 2015 hasta por 24 meses, o hasta cuando se verifique el pago y a partir de la iniciación del mes 25, se reconocerá al

demandante, ex trabajador, intereses moratorios, a la tasa máxima de créditos de libre designación, certificados por la superintendencia bancaria hasta cuando el pago se realice, concepto este que por los primeros 24 meses y liquidados hasta el primero de agosto del 2017, ascienden a la suma de $68.776.560 pesos por lo motivado.

QUINTO: CONDENAR al demandado METROKIA S.A y a favor del demandante señor ÓSCAR JULIÁN GÓMEZ SANTAMARÍA, el reconocimiento y pago de $6.378.207 pesos por concepto de despido injusto con la motivado.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada METROKIA S.A de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante por lo motivado.

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de la parte demandada METROKIA S.A., favor del demandante, señor ÓSCAR JULIÁN GÓMEZ SANTAMARÍA, por la suma de $3.200.000 pesos por lo expuesto.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que con las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, especialmente de las testimoniales recibidas podía colegirse que las bonificaciones no salariales que se reconocían a quienes se desempeñaron en el cargo de asesores de venta de vehículos, la recibieron producto de los servicios prestados, precisando que aunque en la cláusula quinta se contempló una suma fija variable “comisión por ventas” y en la sexta se contempló una cláusula de exclusión que establecía que cualquier suma adicional a la pactada en la cláusula 5 que se le reconociera al trabajador como bonificaciones, primas extralegales, o similares no serían consideradas como salario, en ese orden como la bonificación no salarial no se contemplaba expresamente y toda vez que la misma no se enmarcaba dentro de los pagos no constitutivos de salario, al haber sido reconocidas por el empleador por toda la relación laboral, se concluyó que estos conceptos sí formaban parte del salario del trabajador siendo que fueron pagados en forma habitual y como se advirtió que no se efectuó el pago de prestaciones sociales y vacaciones, sobre el salario real devengado ordenó su reliquidación.

En cuanto a la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, se indicó que la demandada no logro demostrar que su actuar hubiese estado revestido de buena fe y si bien se allegó copia de la liquidación a la terminación del contrato como esta no se efectuó de manera total resultaba procedente la indemnización reclamada.

Respecto de la terminación del contrato de trabajo, se indicó que de las documentales allegadas se advertía que la justa causa se edificó en el bajo rendimiento laboral no obstante en la carta de terminación no se puntualizó la causal que dio origen a la finalización del vínculo, omitiendo en todo caso el agotamiento del procedimiento establecido en el Decreto 1333 del 26 de mayo de 1996, razones que condujeron a determinar que en este caso la terminación del contrato ocurrió en forma unilateral y sin justa causa.

Finalmente, tratándose de las comisiones reclamadas se precisó que tanto en la liquidación final de prestaciones sociales como en los desprendibles de nómina de los meses de abril hasta julio de 2015, contemplan pagos por comisiones por venta, encontrándose además que el actor no puntualizó sobre cual vehículo se reclamaba la comisión por venta y en todo caso, no se contaba con prueba del perfeccionamiento de la venta efectiva del vehículo siendo que en la cláusula 5 del contrato se puntualizó que las mismas se pagaban sobre recaudo por lo que se absolvió de tal pretensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de la parte actora**, manifestó su inconformidad respecto de dos puntos de la decisión, el primero relacionado con el momento que generaba la incidencia salarial de la bonificación, en tanto que en su concepto los salarios devengados eran superiores, así: año 2015 ($6.526.577), 2014 ($5.026.577) y 2013 ($4.561.477), lo que a su turno generaba una modificación en el valor de las prestaciones sociales que habían sido liquidadas, el segundo aspecto cuestionado, era el relacionado con la comisión dejada de pagar, ya que contrario a lo sostenido si existía prueba suficiente de que esa comisión si se debía haber pagado, como se evidenciaba del correo electrónico en el que se expresaba cuáles eran los vehículos, cumpliéndose además con todas las condiciones para su pago.

La **apoderada de Metrokia S.A**., apeló la decisión solicitando tener en cuenta que en este caso existía un pacto de exclusión salarial frente a las bonificaciones percibidas por el demandante y por tanto esos pagos por mera liberalidad no podían ser constitutivos de salario, siendo además ello carga de la prueba del demandante, señalando además que no existía una sola prueba que permitiera concluir que esos pagos se hacian a todos los trabajadores de la compañía y no

solamente se otorgaban a los que laboraban en el área comercial dedicados a la venta de vehículos sin que ello tuviera relaciona con el esfuerzo del demandante ni existía una tabla o documento del que se pudiera cuantificar esos valores, señalando que aunque tales valores tuvieran naturaleza habitual, el simple hecho de que se pagaran y reconociera no acarreaban que fueran calificados como de índole salarial.

Así mismo, destacó que la testigo Gloria Garzón de la parte administrativa de la compañía mencionó en su declaración que esos pagos se establecían de manera directa por la compañía y que ella ni si quiera conocía como se calculaban por lo que ningún trabajador sabía cuáles eran los lineamientos y directrices para el reconocimiento.

En cuanto a la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., debían tenerse en cuenta que la misma no operaba de manera automática y en ese momento no existía una sola prueba que ratificara o que evidenciara que su representada hubiera obrado de mala fe, toda vez que tanto en vigencia del contrato como a su liquidación, se pagó lo que consideró adeudaba al accionante acorde a lo pactado en su contrato de trabajo.

Frente a la indemnización por despido injusto, puntualizó que desde el inicio de la relación laboral, se había calificado como grave el incumplimiento de las ventas, aludiendo que en el contrato de trabajo en la cláusula primera se establecieron

las principales funciones a desempeñar a las cuales se obligó expresamente, dentro de las que estaba cumplir con las metas de venta en los términos contractuales y ese incumplimiento de cualquiera de las obligaciones se calificó como falta grave en la cláusula séptima del contrato de trabajo, en donde se señaló que eran justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral, los contemplados en el C.S.T. y además, por parte del empleador, las que se calificaran como graves la violación por parte del empleador de cualquiera de las obligaciones legales, contractuales o reglamentarias, siendo esta conducta la que se invocó en la carta de terminación del contrato de trabajo y que justificó la decisión de manera que la gravedad de la conducta ya estaba calificada por las partes, enfatizando además en que quedó demostrado que el demandante sí conocía cuáles eran las exigencias respecto a las metas que debía cumplir. Y que debería reportar una venta de 6 automóviles.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la incidencia salarial de las bonificaciones no salariales canceladas al actor, si al mismo se le adeudan comisiones y el consecuente reajuste en las prestaciones sociales y vacaciones que ello generaría, así como, si en este caso resultaba procedente la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales y si se configuraba o

no justa causa de terminación del contrato y por tanto la indemnización por despido injusto.

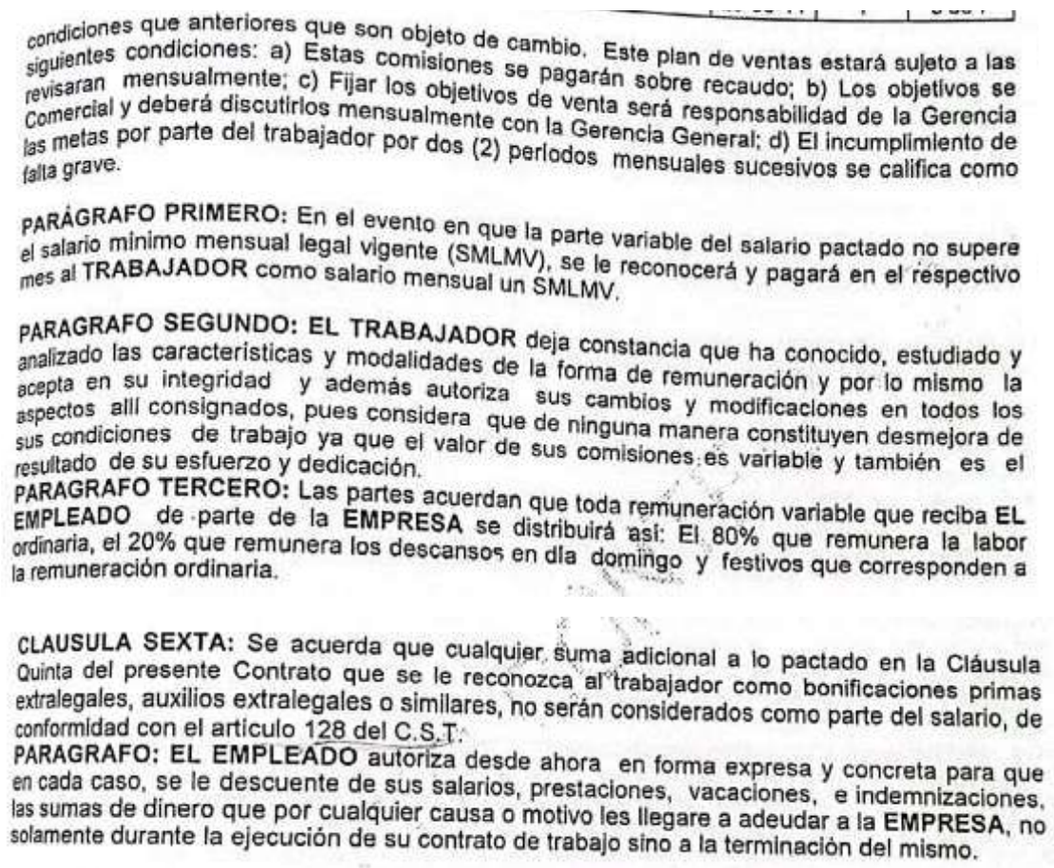
En primer lugar debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente dentro del periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 2012 y el 3 de julio de 2015; ii) que se desempeñó como asesor comercial para la venta de vehículos y iii) que al actor le fue terminado su contrato con fundamento en una justa causa.

Bonificaciones no salariales y su incidencia prestacional

Descendiendo en el análisis, se observa que el contrato de trabajo suscrito entre las partes contempla las siguientes cláusulas:

"(…)

CLAUSULA QUINTA. La **EMPRESA** reconoce al trabajador como salario variable para remunerar toda su actividad laboral lo siguiente: a) Una suma mensual fija de **$453.620** Pesos; b) Una suma variable consistente en una comisión por ventas, de conformidad con el plan de ventas suministrado por la **EMPRESA**, cuyo modelo inicial se encuentra establecido en el ANEXO. REMUNERACION VARIABLE POR VENTAS, que forma parte integrante del presente contrato, el cual las partes acuerdan voluntariamente mantenerlo apartado del texto del contrato con el fin de que exista para las partes flexibilidad en su manejo y modificación, teniendo en cuenta para ello varias consideraciones inherentes y propias de los productos a comercializar y dadas las condiciones y circunstancias económicas que genera, entre otras, las variaciones y fluctuaciones del mercado, las políticas de precios, disponibilidad del producto y/o nuevos productos. En consecuencias los cambios y modificaciones que deban efectuarse al plan de ventas adjunto, con el fin de adaptarse a las nuevas condiciones, a pesar de tratarse de parte de la remuneración, el **TRABAJADOR** las delega en la **EMPRESA** por lo que esta última tiene la facultad de efectuar los cambios y modificaciones, las cuales se darán a conocer al **TRABAJADOR** por escrito, acordándose igualmente que en estos casos quedan sin efecto las



condiciones que anteriores que son objeto de cambio. Este plan de ventas estará sujeto a las siguientes condiciones: a) Estas comisiones se pagarán sobre recaudo; b) Los objetivos se revisaran mensualmente; c) Fijar los objetivos de venta será responsabilidad de la Gerencia Comercial y deberá discutirlos mensualmente con la Gerencia General; d) El incumplimiento de las metas por parte del trabajador por dos (2) periodos mensuales sucesivos se califica como falta grave.

PARÁGRAFO PRIMERO: En el evento en que la parte variable del salario pactado no supere el salario mínimo mensual legal vigente (SMLMV), se le reconocerá y pagará en el respectivo mes al **TRABAJADOR** como salario mensual un SMLMV.

PARAGRAFO SEGUNDO: EL TRABAJADOR deja constancia que ha conocido, estudiado y analizado las características y modalidades de la forma de remuneración y por lo mismo la acepta en su integridad y además autoriza sus cambios y modificaciones en todos los aspectos allí consignados, pues considera que de ninguna manera constituyen desmejora de sus condiciones de trabajo ya que el valor de sus comisiones es variable y también es el resultado de su esfuerzo y dedicación.

PARAGRAFO TERCERO: Las partes acuerdan que toda remuneración variable que reciba **EL EMPLEADO** de parte de la **EMPRESA** se distribuirá así: El 80% que remunera la labor ordinaria, el 20% que remunera los descansos en día domingo y festivos que corresponden a la remuneración ordinaria.

CLAUSULA SEXTA: Se acuerda que cualquier suma adicional a lo pactado en la Cláusula Quinta del presente Contrato que se le reconozca al trabajador como bonificaciones primas extralegales, auxilios extralegales o similares, no serán considerados como parte del salario, de conformidad con el artículo 128 del C.S.T.

PARAGRAFO: EL EMPLEADO autoriza desde ahora en forma expresa y concreta para que en cada caso, se le descuente de sus salarios, prestaciones, vacaciones, e indemnizaciones, las sumas de dinero que por cualquier causa o motivo les llegare a adeudar a la **EMPRESA**, no solamente durante la ejecución de su contrato de trabajo sino a la terminación del mismo.

(…)"

Como se observa la remuneración del actor, se componía de una cifra fija y de otra variable que dependía de la causación de comisiones por ventas, salario que en todo caso en ningún evento sería inferior al SMMLV. También se acordó una cláusula de exclusión salarial, en la que se puntualizó que cualquier suma adicional que se le reconociera al trabajador como bonificaciones, primas extralegales, auxilios extralegales o similares no serían considerados como parte del salario.

Revisados los comprobantes de nómina allegados se evidenció que estos se aportaron por todo el tiempo de vigencia de la relación laboral y en los mismos en cada uno de los

meses se refleja el concepto "BONIFICACIONES NO SALARIALES", cuyo valor era diferente en cada mes, aspecto que conduce a establecer que su pago se causaba a partir de otro parámetro variable como lo podrían ser las comisiones por venta como se afirmó por la parte actora en los fundamentos de derecho en donde manifestó que la demandada denominó parte de las comisiones como bonificación salarial, lo cual si bien no fue acreditado en el plenario, tampoco pudo establecerse el fundamento o razón de ser de tal variabilidad.

En todo caso, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en diversos pronunciamientos, entre ellos, la sentencia SL5159-2018, ha indicado que no es factible pactar cláusulas de exclusión globales o genéricas, pues estas constituyen la excepción a la regla y por tanto deben ser claras, precisas y detalladas en los rubros que contemplan, aspecto que tampoco cumple la cláusula pactada en el contrato, pues no se alude cual es la destinación de la bonificación, advirtiéndose que de lo expuesto en los testimonios recibidos, que se trataba de un beneficio que ingresaba al patrimonio del trabajador para que este dispusiera del mismo como quisiera.

En consecuencia, y dado que es un criterio pacífico que los pagos que se reciban con la finalidad de retribuir el servicio contratado constituyen salario, al haberse pactado una cláusula genérica, no haberse acreditado la destinación de la bonificación y ser evidente además la habitualidad en el pago de los beneficios recibidos y su variación, hay indicadores

suficientes de que realmente obedecían a un concepto salariales, razones por las cuales se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Acto seguido, se procedió a verificar la liquidación efectuada por el despacho encontrando que no le asiste razón a la recurrente para señalar que los salarios con la inclusión de la bonificación salarial, no ascendían a las cifras establecidas por esta, por el contario el despacho encontró que al tratarse de un salario variable los promedios anuales para liquidación de prestaciones fueron los siguientes $1.325.247 (2012), $2.750.357 (2013), $2.841.064 (2014) y $2.670.493 (2015), por lo que al efectuar la liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones arrojó lo siguiente:

Prestaciones Sociales (04/09/2012 - 05/07/2015)	Liquidadas en segunda instancia	Pagadas por la demandada	Diferencia
Cesantias	$ 7.398.145	$ 4.911.026	**$ 2.487.119**
Intereses cesantias	$ 772.684	$ 499.368,00	**$ 273.316**
Prima servicios junio	$ 3.882.047	$ 2.624.257	**$ 1.257.790**
Prima servicios diciembre	$ 3.416.303	$ 2.287.110,00	**$ 1.129.193**
vacaciones	$ 3.699.073	$ 3.027.346	**$ 671.727**
Total			**$ 5.819.145**

Como se observa, el monto determinado es inferior a la cifra establecida por el a quo, en consecuencia se modificara el numeral 1° y 3° de la decisión en el entendido en que el último salario promedio recibido ascendió a $2.670.493 y que el valor adeudado por concepto de prestaciones sociales y vacaciones asciende a la suma de $5.819.145.

Comisión no pagada:

Se reprocha por el recurrente que no se condenó al pago de las ultimas comisiones causadas, no obstante, al verificar el escrito de demanda se observa que lo pretendido en la demanda se hizo alusión a la factura No. 229-3141 y si bien se allegó la misma, debe tenerse en cuenta que en la cláusula sexta del contrato, se estableció expresamente que estas se causaban sobre recaudo, es decir, una vez se hubiese hecho efectivo el pago, lo cual no es factible acreditarlo solamente con la factura allegada, siendo que la misma no obra como recibida y aceptada por el comprador y tampoco se acreditó que tal factura en efecto se hubiese cancelado, razones por las cuales se confirmará la decisión en cuanto no accedió al pago de tal comisión.

Indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales de que trata el artículo 65 del C.S.T.

En lo que respecta a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., debe indicarse que nuestro máximo órgano de cierre en diversas oportunidades ha señalado que la sanción moratoria no es automática, pues para su aplicación se debe analizar si la conducta desplegada por el demandado estuvo revistada o no de buena fe.

Sobre el particular debe indicarse que si bien la demandada indicó que canceló al actor todos los derechos que se causaban conforme a lo pactado en el contrato, lo cierto es

que aunque se encuentra que en efecto en el mismo se contempló una cláusula de exclusión, lo cierto es que la misma se redactó en forma genérica, sin precisar razón y forma de causación, ni el objeto de su destinación, aspectos que tampoco pudieron acreditarse en el curso del proceso, los cuales junto con la habitualidad en su pago condujeron a concluir que realmente se trataba de un pago retributivo del salario, todo lo cual conduce a no encontrar acreditada la buena fe del empleador, pues en este escenario solo tendría como finalidad disminuir la carga prestacional a cargo de empleador.

Así las cosas, tratándose de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., teniendo en cuenta que el último salario devengado por la demandante ascendió a $2.670.493 (superior al SMMLV) y toda vez que la demanda se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, como quiera que el contrato terminó el 3 de julio de 2015 y la demanda se presentó el 4 de abril de 2017, se tiene que en este caso, el actor tiene derecho a un día de salario por cada día de mora en el pago ($89.016) por 24 meses, es decir a partir del 4 de julio de 2015 hasta el 3 de julio de 2017, equivalentes a $64.091.520 y a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, contados a partir del 4 de julio de 2017 y hasta cuando se verifique el pago, intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero ($5.819.145), tal y como se desprende de lo señalado en la norma y en la

sentencia de la C.S.J, S.C.L. de radicación No. 50015 del 13 de julio de 2016.

En consecuencia, considerando lo antes mencionado y las cifras aquí establecidas se procederá con la modificación del numeral 4° de la decisión.

Indemnización por despido injusto

La C.S.J., S.C.L., de vieja data ha establecido que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión y que para exonerarse de la indemnización proveniente de la terminación del contrato se debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente, se ha sostenido que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que acuerdo con la normatividad que contempla lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa y la jurisprudencia relacionada sobre el tema, prevén que esta es procedente

siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación y por consiguiente, que el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que tratándose de despidos la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-449 de 2020, estableció la garantía denominada *-Respeto debido en la relación laboral-,* que consiste en el derecho que tiene el trabajador de ser escuchado antes que se decida terminar el contrato por cualquiera de las causales de terminación por justa causa, garantía que se contempló en los siguientes términos:

"(…)

SEXTO **-Respeto debido en la relación laboral-**	A partir de esta sentencia, y como resultado de la unificación jurisprudencial, se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, esto es, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerza su potestad unilateral de terminación. En consecuencia, no se menoscaba la dignidad humana del trabajador, al permitirle ser escuchado frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada. Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del debido proceso.

236. ***Esta última garantía, entiende la Corte, y así se unificará en esta sentencia, se extiende para todas las causales de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador****, como se había expuesto con anterioridad en varias sentencias de este tribunal (como se explicó supra en el numeral 204), y como lo había ampliado la Corte Suprema de Justicia para las causales contempladas en los numerales 9 a 15 del literal a), del artículo 62, del CST (sentencia SL2351 de 2020) (…)"*

Considerando los lineamientos antes indicados y toda vez que la garantía del respeto debido a la relación laboral fue cumplido tal y como dan cuenta las pruebas allegadas y practicadas en este proceso, especialmente el acta de descargos allegada y como quiera que en el RIT, no se prevé ningún trámite o procedimiento previo que se deba agotar para poder terminar el contrato de trabajo, se procede a analizar la justa causa invocada.

En cuanto a la terminación del vínculo laboral de la demandante, obra a fl. 133 del expediente, la carta de terminación del contrato de fecha 4 de julio de 2015, la cual se fundamenta en:

KIA

Bogotá, 04 de julio de 2015

Señor
Oscar Julián Gomez Santamaría
Asesor Comercial de Vehículos
Bogotá

Asunto: Terminación del Contrato por Justa Causa

De conformidad con el Acta de Descargos No. 060-15, usted no justificó su incumplimiento a sus obligaciones contractuales, al no cumplir el presupuesto asignado y conocido por usted.

Esta conducta configura falta grave dentro del Reglamento Interno de Trabajo y su Contrato de Trabajo. Igualmente, se encuentra incurso en la causal de terminación del contrato por Justa Causa establecida en el artículo 58 numeral 1 y artículo 62 Literal a) numeral 6 del C.S.T y demás normas concordantes y suplementarias.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que la compañía no puede admitir esta falta, nos permitimos informarle que la empresa ha tomado la decisión de dar por terminado su Contrato de Trabajo, al finalizar la jornada del 04 de julio de 2015, por justa causa, por el incumplimiento del Presupuesto de Ventas.

Siendo así, sírvase acercarse a las instalaciones de la empresa a reclamar el valor de su liquidación de salarios, prestaciones sociales, su paz y salvo, la carta para el Examen Médico de Retiro, Comprobantes de autoliquidación de Aportes, los cuales acreditan el estado de pago de las cotizaciones de seguridad Social y parafiscales, correspondientes a los tres últimos meses, anteriores y demás documentos relacionados con su retiro de la empresa.

Atentamente,

Pilar Teresa Rojas Pérez
Gerente Gestión Humana
Copia: Hoja de vida

Oscar Gomez
1044200078 de Bogota

37

Teniendo claro lo anterior y dado que la carta de terminación del contrato es el escenario en el que se deben indicar los motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato, se tiene que al

efectuar una lectura y análisis de la misma se concluye que la conducta desplegada por el actor consistió en el incumplimiento del presupuesto asignado de ventas, resultando relevante para el entendimiento de la conducta lo cuestionado en la diligencia de descargos adelantada, cuyos apartes mas relevantes se traen a colación, a continuación:

"(…)

3. Pregunta Empresa: Describa las funciones e realiza en el cargo?
Respuesta Trabajador: Asesoramiento en venta de vehículos nuevos desde la separación, matricula y entrega.

4. Pregunta Empresa: Conoce Usted las razones por las cuales se encuentra presentando descargos?
Respuesta Trabajador: Si señora, por promedio.

5. Pregunta Empresa: Desea ser acompañado por algún testigo?
Respuesta Trabajador: No.

6. Pregunta Empresa: Durante los meses de Abril, Mayo y Junio de 2015, el resultado de sus ventas es de 10 unidades, con promedio de 3,3 Unidad, lo que indica que usted no ha cumplido con el Presupuesto en Ventas establecidos por la Compañía. ¿Explique las razones de su incumplimiento?
Respuesta Trabajador: El mercado de vehiculos ha estado pesado, no solo marca Kia sino todas las marcas, he trabajado a conciencia.

7. Pregunta Empresa: Reconoce la falta al cumplimiento de sus obligaciones, al incumplir con el Presupuesto de Venta establecido?
Respuesta Trabajador: No lo reconozco porque he trabajado a conciencia llamando clientes, buscar mercado, atender bien pero son cosas ajenas a mi trabajo, yo no puedo controlar el mercado de vehiculos.

8. Pregunta Empresa: Tiene algo que agregar?
Respuesta Trabajador: Pienso que estos descargos es por algo más personal con mi jefe inmediato porque mi promedio precisamente no es el más bajo de la sala, hay compañeros con promedios inferiores. Hace más o menos 20 yo expuse los inconvenientes que se ha venido presentado con mi jefe inmediato, pero veo que no se ha solucionada nada.

(…)".

Como se observa, la conducta cuestionada estaba relacionada con el rendimiento del actor en el promedio de la venta de vehículos, pues además de lo anterior, se observa que obra memorando enviado al actor el 18 de junio de 2015, por

el bajo desempeñó en el cumplimiento de las ventas del mes de mayo de 2015 (fl. 134), así verificadas las infracciones que con la comisión de la conducta se le imputan al actor encontramos que en primera instancia se adujo que la misma configuraba falta grave en el RIT y en el contrato de trabajo, observando que tal conducta no estaba contemplada expresamente en el artículo 57 del RIT ni en el contrato de trabajo, pues en estos lo que se establece como falta grave es la violación del trabajador de las obligaciones y/o de las prohibiciones del trabajador, aspecto que necesariamente conduciría a una calificación de la conducta, lo que no es coincidente con la determinación de una conducta constitutiva de falta grave, ya que en esta se recrimina y castiga una situación específica, por lo que tales determinaciones no cuentan la especificidad que exige la determinación de falta grave.

Igualmente, se tiene que en este caso tampoco era factible aducir la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, siendo que el bajo rendimiento laboral cuenta con una causal específica contemplada en el numeral 9 del literal A del artículo 62 del C.S.T. (Modif. Art. 7 Dto. 2351 de 1965), que establece *"9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.",* causal que exige el agotamiento previo del procedimiento establecido en el

artículo 2° del Decreto 1373 de 1966[1], el cual evidentemente no se adelantó en este caso, razones que resultan suficientes para considerar que el contrato fue terminado sin justa causa, puesto que no se agotaron las exigencias legales establecidas para una causal como la señalada.

En esa medida y como el salario promedio devengado en el último año de servicios ascendió a $2.670.493, al haberse laborado 1022 días al servicio de la demandada y ser un salario inferior a los 10 SMMLV, se tiene que al actor le correspondían 66,77 días de indemnización por despido sin justa causa equivalentes a $5.943.627, por lo que así habrá de modificarse el numeral 5° de la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

[1] *"Artículo 2º. Para dar aplicación al numeral 9 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el patrono deberá ceñirse al siguiente procedimiento:*

a) Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días;

b) Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y

c) Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes."

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia emitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que el último salario promedio mensual ascendió a $2.670.493, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia emitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que el valor adeudado por concepto de la reliquidación de prestaciones sociales asciende a $5.819.145, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral 4° de la sentencia emitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que el valor de la indemnización moratoria asciende a $64.091.520, considerando para su liquidación un salario diario de $89.016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: MODIFICAR el numeral 5° de la sentencia emitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que el valor de la indemnización por despido injusto asciende a $5.943.627, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOHN JAIME ALVAREZ CHAVARRIAGA contra COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 026 2020 00017 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni resultaron demostrados en el proceso, ya que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General Procesal y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, que contiene la declaración d que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, con sus respectivos rendimientos, gastos de administración conforme los artículos 963 y 1746 del Código Civil.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió en el mes de julio de 1982 al Instituto de los Seguros Sociales; que el 30 de septiembre de 1996 se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo lo hubiera suministrado información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a la prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS comparando las consecuencias negativas de abandonar el RPM.

Como fundamento normativo, los artículos 29, 48, 49 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 36, 77, 106, 141 la Ley 100 de 1993, el Decreto 3466 de 1982, el artículo 897 del Código de Comercio, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, la Ley 1480 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012, el Decreto 663 de 1993, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación realizada en el año 1996, por el demandante, fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte demandante no prueba causal alguna de que existiera un vicio del consentimiento dentro del acto de afiliación, así como tampoco se observa

vulneración a la voluntad dada de manera libre en aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena de costas.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de febrero de 2023, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante JOHN JAIME ALVAREZ CHAVARRIAGA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos en caso de no obren dentro de la cuente de ahorro individual del demandante.*
>
> *TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante.*
> *CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.*
>
> *QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1'000.000)."*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la

correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación parcial en lo referente al numeral segundo de la sentencia y específicamente frente a la devolución de los dineros debidamente indexada, esto de conformidad con la sentencia SL9316 de 2016 proferida por la Corte Suprema de Justicia se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma en el trascurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía; indicó que dentro de las obligaciones que debe cumplir la AFP está la de garantizar la rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual de cada uno de sus afiliados es incompatible y excluyente ordenar tal indexación, pues lo recursos del demandante en la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados por la inflación, por el contrario se le han generado rendimientos superiores a los que garantiza el RPM, esto de conformidad a la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali dentro del proceso Rad. 2022-562.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 30 de septiembre de 1996.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FERNANDO ENRIQUE GUEVARA ACOSTA contra COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 026 2021 00574 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que la afiliación con la AFP se realizó de manera libre, voluntaria y consciente y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley.

La apoderada de la parte demandante solicitó confirma la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que se sustentó la decisión en la ausencia de prueba que condujera a que la AFP, hubiese brindado la

asesoría e información necesaria completa, eficiente, eficaz, cierta y oportuna al realizar el cambio de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder la AFP.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 19 de julio de 1960; que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales hasta el año de 1994; que se trasladó el 22 de septiembre de 1994 a la AFP Porvenir S.A., sin que se hubiera suministrado la información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen.

Como fundamento normativo, los artículos 48, 49, 53, 152, 130 de la Constitución Política, el Decreto 663 de 1993, la Ley 100 de 1993, y las sentencias de las Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación laboral con radicados números 33083 de 2001, 1677 de 2019,12136 de 2014, 4964 de 2018, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Porvenir S.A, teniendo en cuenta que no es posible tener como afiliado al demandante atendiendo que dicha pretensión va en contra vía de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica de reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de cadena de costas y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente, necesaria y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de febrero de 2023, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante FERNANDO ENRIQUE GUEVARA ACOSTA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.*
>
> *QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DEPESOS ($1'000.000)."*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el

traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en su integridad, al considera que si bien existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado por las faltas al deber de información, la misma Corte Suprema ha manifestado que dicha línea se aplica de manera diferenciada según los supuestos facticos de los que se exige una similitud y en el presente caso no se da, en virtud de que el demandante se trasladó al RAIS de forma valida con sustento en las cargas normativas impuestas al fondo para el año de traslado, por lo que con las condenas impuestas se desconoce el principio de irretroactividad de la ley y de seguridad jurídica; precisó que en lo relativo a la condena de trasladar los rendimientos no resulta coherente la ineficacia en ciertos sentidos y en otros no, ya que la consecuencia jurídica de dicha figura solo es declarar que el negocio jurídico no se celebró jamás, por lo que los frutos producto de la gestión de la AFP tampoco se generaron; señaló que en caso de que se confirme la decisión con los rendimientos es necesaria que se realice las restituciones mutuas deben reconocerse los gastos de administración por la buena gestión de los rendimientos esto de conformidad con el articulo 1747 del Código Civil; refirió que en lo relativo a las sumas previsionales los dineros destinados a la invalidez y sobrevivencia se trasladaron a las respectivas aseguradoras con la que se cubrió al demandante de toda su afiliación, siendo dineros que cumplieron con su finalidad de conformidad con la ley, por lo que no resulta admisible su devolución, así como tampoco devolver dichos montos de forma indexada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 22 de septiembre de 1994.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiseis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA ESTHER HENAO BUSTAMANTE contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONESA y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 031 2022 00210 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de febrero de 2023.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a trasladar todos los aportes de la cuenta de ahorro individual, junto con los intereses causados, rendimientos, bono pensional , gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a los propios recursos por todo el tiempo en que estuvo afiliada a dicha entidad.

Sustentó sus pretensiones, en que nació 19 de marzo de 1958; que desde el mes de abril de 1998 se encontraba afiliada al Instituto de los Seguros Sociales; que se trasladó a Colfondos S.A., en el mes de mayo de 2001m sin

recibir una debida asesoría y/o información por parte del fondo privado en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia, esto es información cierta, suficiente, clara y oportuna sobre las ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 148 y 53 de la Constitución Política, los artículos 1, 2, 3,11,12,113,114,271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 963 y 1604 del Código Civil, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el articulo 2 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 25, 26, 27 y 145 del Código de Procedimiento Laboral y la Seguridad Social, el artículo 167 del Código General del Proceso y demás disposiciones concordante y complementarias.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual, de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo a la demandante una asesoría e manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen y entre administradora de pensiones, en la que se asesoró acerca de las características de dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante no probó causal alguna de que la afiliación con la AFP es nula, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia. Propuso entre otras las excepciones de 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 del pago de costas, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de febrero de 2023, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen realizado por MARÍA ESTHER HENAO BUSTAMANTE, del trazado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniendo a la demandante como válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió por concepto de aportes de la demandante, junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que el presente asunto debe ser examinado a la luz de los dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1452 del 2019, que señaló 1.) que el deber de información se encontraba en cabeza de las AFP; 2.) que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente se requiere la necesidad de un consentimiento informado; 3.) inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, en virtud de que si el afiliado indica que no recibió la información es un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, por lo que las AFP son las encargas de probar dicho supuesto; por otro lado, señaló la sentencia SL-4015 del 2021, que resaltó que el acto de traslado debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita de la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir que la solicitud debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que sus decisión acarrea, si el afiliado desconoce la incidencia que el traslado puede tener frente a sus derechos prestacionales no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria y por lo tanto es ineficaz.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 8 de mayo de 2001.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre

dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

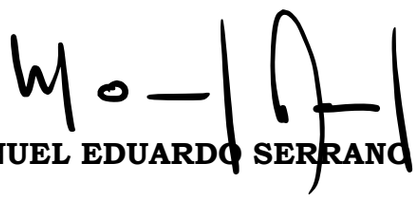
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE JAIRO RUIZ BERNAL contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, SKANDIA S.A y como llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

RADICADO: 110013105 031 2022 00254 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Dra. AMALIA LOAIZA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.117.532.254 y tarjeta profesional No. 384062 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de mayo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

SKANDIA S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, en virtud de que el demandante se trasladó al RAIS de forma libre, voluntaria y consciente, tal y como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley y que, para el momento del traslado inicia, era aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación del accionante.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni resultaron demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo114 de la 100 de 1993.

COLPENSIONES., manifestó que la entidad ha actuado apegada a las disposiciones normativas y reglamentarias que dirigen su actuación; precisó que, en el presente asunto al momento de la solicitud de retorno al RPM, el demandante se encuentra en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 20 de agosto de1962; que se afilió y cotizó para el Instituto de los Seguros Sociales, desde el 6 de julio de 1987; que en el mes de abril de 1996 se trasladó a Porvenir S.A; sin que el asesor de dicho fundo le suministrara la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.; que mediante radicado

N°2022_4434092, solicitó ante Colpensiones traslado al RPM, el cual fue despachado de forma desfavorable.

Como fundamento normativo, los artículos 48,49,53,58 y 150 de la Constitución Política, los artículos 14,21 y 36 de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, las sentencias de la Corte Constitucional C- 789 de 2002, C1024 de 2004, T- 818 de 2007 y la sentencia de la Corte Suprema de justicia con radicado número 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación con el fondo privado Porvenir S.A., es nula, teniendo en cuenta que la mis cumple con los presupuestos legales para su existencia. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación, 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, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante el 19 de abril de 1996, fue producto de una decisión libre, voluntaria, e informada tal y como se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restitución mutua y la genérica.

SKANDIA S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que las decisiones en materia pensional del demandante durante su vida laboral estuvieron encaminadas a manifestar su voluntad de pertencer al RAIS y consolidar allí sud derecho pensional. Propuso entre otras las excepciones de prescripción,

prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de mayo de 2023, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de José Jairo Ruiz Bernal, del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad del capital ahorrado por el demandante, junto con los rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estas últimas cifras, descontadas, deberán ser trasladadas debidamente indexadas.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexados.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*
>
> *QUINTO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas, tanto por la parte demandante como en el llamamiento en garantía, a Mapfre Colombia Vida Seguros SA.*
>
> *SEXTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente en favor del demandante.*
>
> *SÉPTIMO: CONDENAR a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor del demandante y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros SA.*
>
> *OCTAVO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por el demandante."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que el presente asunto debe ser examinado a la luz de los dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1452 del 2019, que señaló 1.) que el deber de información se encontraba en cabeza de las AFP; 2.) que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente se

requiere la necesidad de un consentimiento informado; 3.) inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, en virtud de que si el afiliado indica que no recibió la información es un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, por lo que las AFP son las encargas de probar dicho supuesto; por otro lado, señaló la sentencia SL-4015 del 2021, que resaltó que el acto de traslado debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita de la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir que la solicitud debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que sus decisión acarrea, si el afiliado desconoce la incidencia que el traslado puede tener frente a sus derechos prestacionales no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria y por lo tanto es ineficaz.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que a la parte demandante no le asiste derecho a reintegrarse al RPM, con fundamento en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al encontrarse dentro de la prohibición legal de trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; por otro lado, precisó que el demandante se encontraba plenamente vinculado al RAIS, dejando claramente su intención de pertenecer a dicho régimen con todo lo que implica.

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente al numeral tercero de la decisión proferida y solicitó se revoque dicha condena, al considerar que la entidad no cuenta con dinero pendiente de traslado a Colpensiones; teniendo en cuenta el articulo 113 de la ley 100 de 1993, establece cuales son los dineros que deben trasladarse cuando existe un cambio de régimen pensional, los cuales son el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda trasladar dineros diferentes a las referidas a dicha norma, en virtud de que las mismas no están destinadas a financiar la pensión vejez, por lo que al realizar dicha devolución configura un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones; señaló que respecto a la condena indexada la misma resulta

improcedente de conformidad con pronunciamiento en sentencia SL 9316 de 2016, toda vez, que en el tiempo en que estuvo afiliado el demandante al fondo se generaron rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima a la establecida para las cuentas de ahorro individual, por lo que resulta incompatible dicha condena, esto de conformidad con sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Cali en particular la sentencia proferida dentro del proceso con Rad. 012-2022-00234.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque las condenas impuestas a la entidad; al considerar que las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales tienen por mandato legal una destinación especifica que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante estuvo afiliado a la AFP, por lo que dichas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran en poder de Skandia; por otro lado, señaló que en lo referente a la declaratoria de la ineficacia no se cumple con las normas que regulan las restituciones mutuas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen

de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,*

no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., en el mes de abril de 1996.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

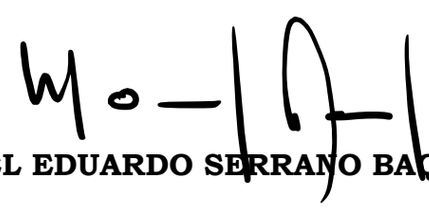
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA YELIPZA RAMOS ORTIZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 032 2021 00502 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuestos por las apoderadas de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo que permitan declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante ante la AFP Protección S.A., en el año 1995, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas de manera libre, voluntaria y espontanea, por lo que se tiene que dicha afiliación es eficaz y produce pleno efecto jurídico entre las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que el traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional, en virtud de que en el proceso la entidades demandas no lograron demostrar que se brindó una información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría a la actora.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Porvenir S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes junto con los rendimientos, así como también se ordene a esta última entidad activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 4 de junio de 1965; que el 14 de octubre de 1987, inició su vida laboral cotizando al Instituto de los Seguros Sociales; que el 1 de junio de 1995 se trasladó de régimen pensional a través de afiliación a Protección S.A.; posteriormente el 1 de julio de 1997 se trasladó al Porvenir S.A., sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 13, 48, 49,53, 335 de la Constitución Política, los artículos 1603 y 1746 del Código Civil, los artículos 1,2, 35, 11,12,26,33, 39 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; el articulo 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 692 de 1994, los artículos 3, 97 y 98 del

Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994, los artículos 1 y 3 del Decreto 1161 de 1994, la Ley 795 de 2003, el Decreto 2071 de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante al RAIS y el posterior traslado fueron completamente válidos, como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de traslado que realizó la demandante es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligaciones y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, aplicaciones de actos de relacionamiento, restitución mutua y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que las mismas no se dirigen en contra de la AFP. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, genérica, prescripción.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante efectuó el traslado al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, razón por la cual el contrato de afiliación es plenamente valido y no se encuentra inmerso en causal alguna que conlleve a nulidad o ineficacia. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el

consentimiento, inobservancia del principio 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, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de febrero de 2023, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> *SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante ANA YELIPZA RAMOS ORTIZ a través de PROTECCIÓN S.A., de fecha 30 de mayo de 1995, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*
>
> *TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos.*
>
> *CUARTO.- CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.*
>
> *QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante ANA YELIPZA RAMOS ORTIZ como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.*
>
> *SEXTO.- CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PROVENIR S.A.*
>
> *SÉPTIMO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta. La presente decisión queda notificada en estrados. Los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES interponen recurso de apelación contra la decisión tomada el día de hoy."*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2008, con sentencia 31989 que existe un deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando no se ha demostrado la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado procede la declaratoria de ineficacia exigiendo que la carga de la prueba de esa información brindada al afiliado está en cabeza de los fondos de pensiones quienes deben acreditar que informaron de manera clara y veraz sobre las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y todas aquellas situaciones que tuvieran incidencia sobre el derecho fundamental a la pensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que debe tenerse en cuenta el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que limitó el traslado de régimen cuando le faltare al afiliado 10 años para adquirir su edad de pensión, esto en cumplimiento del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que es claro que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para que proceda el traslado en cualquier tiempo, tal y como lo señala la Corte Constitucional en sentencias como C-789 de 2002 C1024 de 2004 y SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013; señaló que para el momento del traslado la obligación del fondo solo era la de brindar información, la cual se daría de forma verbal y a partir de dicha información seria el afiliado quien determinaría el fondo, situación que quedo plenamente acreditada en el proceso de conformidad con el interrogatorio de parte, por lo que no resulta valido imponer obligaciones a las AFP no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento de dicho traslado; concluyó que debe tenerse en cuenta también el principio de relatividad jurídica, en virtud de que Colpensiones es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, la cual no puede beneficiarse ni perjudicarse con la declaratoria de ineficacia.

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que si bien no se

allegaron mayores documentales donde se pruebe la asesoría brindada a la demandante, lo cierto es que para la fecha del traslado de régimen, no le era exigible a los fondos privados conservar una documental más allá del formulario de afiliación; señaló que del escrito de demanda se evidencia que la demandante alega su propia culpa en favor de tu propio beneficio, en virtud de que al momento del traslado contaba con las condiciones necesarias y suficientes para corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos, esto de conformidad con lo deberes que tiene como consumidora financiera; por otro lado, indicó que en caso de que se confirme la decisión no se condene al traslado de gastos de administración y pago de lo descontado de las primas de seguros previsionales, toda vez que dicho traslado no es viable, ya que tales sumas no están destinadas al financiar la pensión de vejez, sino que tienen un mandato legal especifico que se cumplió a cabalidad por la entidad; resaltando que el traslado de los emolumentos de forma indexada generaría una doble actualización de la cuenta de ahorro individual.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan

atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía,*

en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 30 de mayo de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AMANADA OLAYA BAQUERO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 032 2021 00545 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo que permitan declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante ante la AFP Horizonte hoy S.A., en el año 1996, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que se tiene que dicha afiliación es eficaz y produce pleno efecto jurídico entre las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, que contiene declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que el hecho de que la parte actora se trasladar entre administradoras, no significa que las FP posteriores no suministren la información a que están obligadas, con la calidad y en la oportunidad debida.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Horizonte hoy Porvenir S.A y a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta última, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales entre el 24 de octubre de 1986 y el 25 de enero de 1992; que el 16 enero de 1996 se trasladó a Horizonte; que posteriormente el 31 de junio de 2007 a Porvenir S.A y el 28 de abril de 2010 a Colfondos; sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 48, 19, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 720 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicados números 31989 de 2008, 19447 de 2017. 7595de 2017, 4989 de 2018. 1452 de 2019, 1421 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante en el RAIS en el año 1996 se efectuó de manera libre y voluntaria, resaltó que no tuvo injerencia en dicha decisión. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de la sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó la actora fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita que se refiere al artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, funcionamiento, diferencias, ventajas y desventajas. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de febrero de 2023, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante AMANDA OLAYA BAQUERO a través de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., de fecha 29 de enero de 1996, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por COLFONDOS S.A. con cargo a sus propios recursos.

QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante AMANDA OLAYA BAQUERO como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO. CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2008, con sentencia 31989 que existe un deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando no se ha demostrado la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado procede la declaratoria de ineficacia exigiendo que la carga de la prueba de esa información brindada al afiliado está en cabeza de los fondos de pensiones quienes deben acreditar que informaron de manera clara y veraz sobre las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y todas aquellas situaciones que tuvieran incidencia sobre el derecho fundamental a la pensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que debe tenerse en cuenta el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que limitó el traslado de régimen cuando le faltare al afiliado 10 años para adquirir su edad de pensión, esto en cumplimiento del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que es claro que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para que proceda el traslado en cualquier tiempo, tal y como lo señala la Corte Constitucional en sentencias como C-789 de 2002 C1024 de 2004 y SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013; señaló que debe tenerse en cuenta también el principio de relatividad jurídica, en virtud de que Colpensiones es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, la cual no puede beneficiarse ni perjudicarse con la declaratoria de ineficacia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios*

> *que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte S.A., el 29 de enero de 1996.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **JOSÉ ALEXANDER MARTÍNEZ GARCÍA y ANA MARIA PEÑA SÁNCHEZ** CONTRA **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A. y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA**

RADICADO: 11001 3105 033 2018 00273 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre de 2020, en donde

se dispuso la existencia de contratos de trabajo entre los demandantes y Avianca S.A., se absolvió del pago de las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas y se ordenó el pago de la indemnización moratoria por no consignación de cesantías y la indemnización por despido injusto.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes solicitaron se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre cada uno de ellos con la empresa Avianca S.A, así: desde el 9 de diciembre de 2013 hasta el 2 de agosto de 2017, para José Alexander Martínez y desde el 19 de mayo de 2014 hasta el 2 de agosto de 2017, para Ana María Peña, que la CTA Servicopava fungió como simple intermediaria en cada una de las relaciones laborales, en consecuencia, se condenara a las demandadas a pagar las prestaciones sociales, vacaciones y dotación de toda la relación laboral, a la indemnización por despido injusto, a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., a la indemnización por no consignación de las cesantías, a la indexación de las sumas, a las costas y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Fundamentaron sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que suscribieron contrato de asociación con la CTA Servicopava para prestar funciones como auxiliares de equipaje en favor de Avianca S.A.; que la labor desempeñada se desplegaba en forma directa, personal y subordinada para Avianca S.A., recibiendo órdenes directas

de los jefes inmediatos Patricia Villadiego y Liliana Sarmiento, que laboraban 8 horas diarias con turnos rotativos y 1 hora para comer, descansando 7 días en el mes; que al momento del retiro el último salario promedio mensual ascendía a $1.105.000 para el señor José A. Martínez y de $1.198.000 para Ana María Peña y que ejercían funciones como atender a los viajeros en la entrega de equipaje, atender los reportes de los viajeros por demoras, saqueos y/o averías y monitorear en el sistema World Tracer de los equipajes extraviados.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Servicopava en Liquidación, contestó oponiéndose a las pretensiones, indicando que no le constaban algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que entre su representada y los demandantes lo que existió fue un acuerdo cooperativo de trabajo asociado, de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes de Servicopava en Liquidación y las normas aplicables sobre la materia, precisando que el mismo finalizó con resolución de retiro del 2 de agosto de 2017, igualmente, destacó que no se debía concepto alguno a los demandantes siendo que se reconocieron todos los conceptos estipulados en los estatutos y regímenes de la cooperativa, mencionado que las prestaciones sociales eran propios de un contrato de trabajo y no de un convenio asociativo y que en todo caso se canceló el equivalente a tales conceptos. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, compensación,

inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y genérica.

Por su parte, **Avianca S.A.,** contestó oponiéndose a las pretensiones, manifestando que no le constaban algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que entre su representada y los demandantes jamás existió contrato de trabajo alguno, que los demandantes nunca prestaron servicios a su defendida, tampoco estuvieron subordinados, ni recibieron remuneración alguna de su parte, que de las pruebas anexas a la demanda se podía colegir que los demandantes fueron cooperados de un tercero que prestó servicios a su defendida, puntualizando que la empresa tuvo una relación comercial con Servicopava, bajo el amparo de normas legales y constitucionales, que su representada se dedicaba al transporte aéreo de pasajeros, en donde los servicios logísticos tarea que desplegaban los demandantes no era misional de Avianca S.A. y que en todo caso cualquier pago derivado de la alegada pero inexistente relación laboral ya estaba pago por la Cooperativa.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: ausencia de la relación laboral, ausencia de prestación de servicios a mi defendida, inexistencia de subordinación, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, libertad de empresa, Buena fe, compensación, prescripción, inexistencia de las obligaciones, indebida aplicación de las

normas legales, actividad no misional, enriquecimiento ilícito y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de diciembre de 2020, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO:** DECLARAR que entre la demandante ANA MARÍA PEÑA SÁNCHEZ y AEROLÍNEAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA S.A. existió un contrato a término indefinido por el periodo comprendido entre el 19 de mayo de 2014 y el 2 de agosto de 2017.*
>
> ***SEGUNDO:** DECLARAR que entre el demandante JOSÉ ALEXANDER MARTÍNEZ GARCÍA y AEROLÍNEAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA S.A. existió un contrato a término indefinido por el periodo comprendido entre el 9 de diciembre de 2013 y el 2 de agosto de 2017.*
>
> ***TERCERO:** DECLARAR que SERVICOOPAVA fungió como mera intermediaria y en tal sentido debe responder de manera solidaria por las acreencias laborales de los demandantes.*
>
> ***CUARTO:** ABSOLVER a AVIANCA y SERVICOOPAVA de las pretensiones referentes al pago de prestaciones sociales y vacaciones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y en tal sentido, DECLARAR parcialmente probada la excepción de compensación alegada por las demandadas.*
>
> ***QUINTO:** ABSOLVER a AVIANCA y SERVICOOPAVA de la pretensión referente al pago de la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEXTO:** CONDENAR a AVIANCA y SERVICOOPAVA a cancelar a los demandantes de manera solidaria, la sanción de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990 por no consignar las cesantías de los demandantes en un fondo de cesantías de su elección, en cuantía de $21,044,867 para ANA MARÍA PEÑA SÁNCHEZ, y $19,428,435 para JOSÉ ALEXANDER MARTÍNEZ GARCÍA.*
>
> ***SEPTIMO:** DECLARAR que el contrato laboral terminó de manera unilateral y sin justa causa probada.*
>
> ***OCTAVO:** CONDENAR a AVIANCA y SERVICOOPAVA a cancelar a los demandantes de manera solidaria, la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST en cuantía de $2,957,063 para ANA MARÍA PEÑA SÁNCHEZ, y $2.957.063 para JOSÉ ALEXANDER MARTÍNEZ GARCÍA.*
>
> ***NOVENO:** COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas AVIANCA y SERVICOOPAVA, como agencias derecho el despacho señala CINCO (5) SMLMV que deberán cancelar las demandadas en proporción del 50% cada una."*

> Luego de haberse proferido la sentencia y de haberse interpuesto los recursos de apelación, la apoderada de la parte actora solicitó *"(…) se me aclaren los valores a que fueron condenadas las aquí demandadas por concepto de indemnización por terminación sin justa causa y por no consignación de cesantías, no sé si escuché mal, pero en la parte resolutiva creo que se habló otros valores, por lo que le agradezco se me aclaren esos dos valores por esos dos conceptos señor Juez, gracias".*
>
> A continuación, procedió el despacho a resolver la solicitud de corrección o aclaración de la sentencia en concreto, advirtiendo que efectivamente en el ordinal 8 había una cifra distinta a la que se dio en la parte considerativa por un error de transcripción aclarando y corrigiendo el ordinal 8, señalando que se condenaba a Avianca y Servicopava *"(…) a cancelar de manera solidaria, la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST en cuantía de $2,957,063 para ANA MARÍA PEÑA SÁNCHEZ, y $3,119,241 para JOSÉ ALEXANDER MARTÍNEZ GARCÍA",* e hizo una adición en ese mismo ordinal, por cuanto en la parte considerativa se indicó que la condena debía ser debidamente indexada desde su causación hasta la fecha de pago.
>
> Igualmente, aludió que se pasaba a adicionar el numeral 6, en el sentido que también se había omitido mencionar la indexación respecto de la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por tanto, se adiciona a ese ordinal 6 que las cifras objeto de condena debían ser debidamente indexadas desde su causación hasta la fecha de pago.

Como fundamento de la decisión argumentó que para solucionar la pretensión de existencia del contrato de trabajo y la solidaridad reclamada debía tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 22, 23, 24 y 36 del C.S.T., mencionando que no podía pasarse por alto que si bien los trabajadores se vincularon con Servicopava, ello acaeció a través de una oferta de empleo publicada por Avianca en la página elempleo.com. y los mismos entraron a realizar la capacitación por medio del programa semillero de Avianca.

En cuanto a la prestación personal del servicio, encontró acreditada la misma como auxiliares de equipaje, aspecto que podía colegirse de las declaraciones de terceros, entre ellos, el del señor José Robayo y las documentales allegadas tales como los carnets que los identificaban como trabajadores de Avianca, además que cumplían distintos turnos conforme al

manual de operaciones o la forma en que Avianca desarrollaba su objeto social, también debían pedir permiso para ausentarse a los Duty Managers de Avianca y recibían beneficios como transporte, catering y tiquetes aéreos suministrados por Avianca S.A, destacando que todos los símbolos de la marca Avianca tanto en los uniformes como en los carnets y en todo el proceso de atención al usuario no solo le daba a entender al usuario sino al trabajador que estaba dentro de cada uno de los procesos internos de la compañía.

Respecto de la continuada subordinación aludió que los demandantes estaban supeditados a un horario determinado por las actividades propias y operativas de Avianca, advirtiendo que de las documentales allegadas se desprendía que Avianca fue la encargada de la selección de personal y de fijar los criterios a partir de los cuales podrían prestar los servicios para ella así como que debían operar herramientas otorgadas por Avianca., manifestando además que en las declaraciones de los actores y el testimonio del señor Robayo, se indicó que Avianca los capacitaba constantemente para el ejercicio de las funciones a través de la página web "avancemos", pues incluso el representante legal en el interrogatorio reconoció que a través de ella se capacitó a los demandantes sobre el manejo de mercancías peligrosas, mencionándose además que aunque la cooperativa pudiera indicar a los actores los mecanismos para capacitarse, los turnos y el protocolo para el manejo de equipajes, lo cierto era que en la prestación del servicio operaban 3 sujetos (aeropuerto el dorado – Avianca – Servicopava), a partir de las

cuales había un nexo que no permitía desligar las funciones de los demandantes de Avianca, siendo que esta última estaba supeditada a las reglas del aeropuerto internacional el dorado, las que a su turno se supeditaban a la presentación de un carnet que permitía el tránsito y el ingreso a las zonas restringidas para los trabajadores y personal de las aerolíneas, siendo claro que quien se beneficiaba de ese servicio era Avianca.

En cuanto a la remuneración, se puntualizó que la misma estaba acreditada en el proceso pues independientemente de su denominación las documentales allegadas daban cuenta que los actores recibieron cifras económicas como contraprestación del servicio bajo la figura de la compensación, siendo el último salario percibido por los demandantes el ascendente a $983.697.

Finalmente, al analizar el objeto social de Avianca, se evidenció que la explotación comercial de los servicios de transporte aéreo en todas sus ramas siendo claro que lo atinente al equipaje de los pasajeros hacía parte de ese objeto social, porque ello es vital para la prestación del servicio de transporte aéreo, siendo una actividad misional de Avianca, estando compelidos a cumplir los manuales de funciones emitidos por Avianca e incluso existía una vicepresidencia o gerencia de operaciones terrestres que vigilaba que los demandantes cumplieran con sus funciones.

Todo lo anterior, se determinó que en este caso el verdadero empleador fue Avianca S.A. y que Servicopava actuaba como simple intermediaria por lo que esta última respondería solidariamente por las acreencias laborales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La **apoderada de la parte actora**, manifestó su inconformidad respecto a la compensación efectuada en este asunto, pues si bien los demandantes habían recibido compensaciones ordinarias y extraordinarias, ello no era óbice para que no se condenara al pago de prestaciones sociales y vacaciones ya que lo que se recibió obedecía a otros rubros de carácter civil que imposibilitaban que una acreencia se transformara en laboral, debiendo considerarse sobre el particular la mala fe desplegada por las demandadas respecto de los trabajadores demandantes.

El **apoderado de Avianca S.A**., apeló la mayoría de la decisión salvo los numerales 4° y 5° de la resolutiva, mencionando que en su sentir el juzgado tuvo como pruebas las declaraciones de las partes en lo que manifestaron a su favor, porque de otra manera no se habría podido llegar a las conclusiones a las que llegó, pues aunque se indicó que fue Avianca quien vinculó a los demandantes, lo cierto era que tal

empresa nunca participó en el proceso de selección, ya que más allá de los correos para que estos participaran en los semilleros y le suministrara cursos como el de mercancías peligrosas, se trataba de asuntos especializados en el sector aéreo que Avianca acordó con Servicopava, lo que no lo convertía en empleador ni daba cuenta de una continuada subordinación que nunca se demostró.

De igual forma, se indicó que se omitió lo manifestado por los testigos e incluso por los mismos demandantes relacionado con que quienes coordinaban las labores en la cooperativa, eran unas personas de la misma cooperativa denominados "lideres" y el hecho de que tuvieren el carné, uniforme o el logo de Avianca, no los convertía en trabajadores de dicha empresa ni les permitía estar confundidos pues sabían quiénes eran de la cooperativa, igualmente, destacó que el representante legal en el interrogatorio rendido había señalado que tenían un departamento para vigilar el cumplimiento de las obligaciones de Servicopava no de los demandantes, de modo que lo que estaba acreditado era la existencia del contrato comercial dentro del cual la cooperativa con su autonomía y con sus líderes coordinaba las funciones de los demandantes.

Finalmente, señaló que en el evento en que la declaratoria del contrato de trabajo con su representada quedara en firme, debía revisarse la sanción moratoria por no consignación de cesantías, por cuanto cuando se revisó lo relacionado con las

compensaciones se advirtió que habían compensaciones anuales y que fue pagado lo correspondiente a las cesantías.

La **apoderada de Servicopava**, manifestó su desacuerdo con la decisión en lo relacionado con la existencia del contrato de trabajo con los demandantes y la intermediación laboral, la sanción por no consignación de cesantías, la indemnización por despido sin justa causa, la indexación y costas, no obstante, respecto del pago de prestaciones sociales e indemnización del artículo 65 del C.S.T. estaba conforme, así mencionó que los demandantes jamás tuvieron la calidad de trabajadores en ejecución de un contrato de trabajo, sino que su vínculo siempre se dio a través de convenios de asociación, sin que existiera prueba si quiera sumaria de que el convenio que los actores firmaron se encontraba viciado por alguno de los vicios del consentimiento, además, se desconoció completamente que la prestación de servicios efectuada por los demandantes se realizó en el marco de una oferta mercantil que de ninguna manera fue desvirtuada.

También aludió su inconformidad respecto a la consideración que la subordinación era desplegada por Avianca, cuando lo demostrado en el proceso con los interrogatorios de parte rendidos y los testimonios recibidos era que esto se desplegaba por los líderes de la cooperativa quienes les suministraban instrucciones, finalmente, mencionó que no podía pasarse por alto que en virtud del convenio de asociación suscrito los actores recibieron unos aportes y utilidades no valorados en la decisión, de modo que

si estos se desconocían por los demandantes debían devolver esas utilidades y tampoco habría lugar a una sanción por no consignación de cesantías pues siempre actuó con el convencimiento que efectivamente estaba desarrollando el convenio, debiéndose considerar además que los convenios de asociación no terminaron de manera caprichosa ya que ello ocurrió en razón a la terminación de la oferta mercantil.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la existencia de contratos de trabajo entre los aquí demandantes y Avianca S.A., si la empresa Servicopava, actuó como simple intermediario y en dado caso si procede el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas e indemnizaciones peticionadas.

Para resolver, lo primero que debe indicarse es que el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo del convocado a juicio demostrar con hechos contrarios a los presumidos qué la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que al margen de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica: Entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente

a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

En cuanto a las cooperativas de trabajo asociado, se debe recordar que en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo subordinado diferentes, a saber: el que presta un trabajador en favor de otra persona bajo contrato de trabajo al cual le es aplicable la legislación laboral (conforme se dejó sentado en sentencia de la C.S.J., S.C.L. Rad. No. 25713 del 6 de diciembre de 2006) y el que presta un asociado en favor de la cooperativa de la cual forma parte, al cual no se le aplica la legislación laboral.

Respecto a esta última modalidad en la sentencia ya mencionada se ha establecido que para advertir la validez de la estipulación normativa que excluye al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta que dicha forma de vinculación no se utilice *"(…) de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de terceras personas naturales o jurídicas".*

Así, se tiene que la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que se beneficiaron del servicio

personal cuando se demuestra en el expediente que fueron verdaderos empleadores, por haber ejercido el poder subordinante del cual está investido un empleador frente a la persona que prestó el servicio.

Ahora bien, sobre la subordinación- la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado, claramente, que la posibilidad de delegación en el beneficiario de los servicios del control y dirección de la actividad que desarrolla el trabajador está prevista para relaciones jurídicas diferentes al Trabajo Asociado, entre ellas las que surgen entre la empresa usuaria y una Empresa de Servicios Temporales, NO para las Cooperativas que vinculan trabajadores al servicio de terceros, pues expresamente la Corte en la sentencia aludida señaló lo siguiente:

> *"no podrá considerarse legalmente en tales eventos [de trabajadores asociados al servicio de terceros] que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta, porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión".*

Así las cosas, se tiene que en procesos como este se deben estudiar las pruebas del expediente para verificar si se demostró que la subordinación la ejerció realmente la Cooperativa, caso en el cual la excepción normativa cobrará vigencia o si la subordinación y control del servicio lo ejerció el tercero que se benefició de los servicios, caso en el cual se

debe declarar la existencia de un contrato de trabajo con él y que la Cooperativa actuó como un simple intermediario.

El artículo 35 del CST define al simple intermediario como aquel que contrata a otras personas para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Como el simple intermediario no es un empleador, las obligaciones que surjan en favor de los trabajadores se entenderán radicadas en cabeza de la persona natural o jurídica que se benefició del servicio, dichas obligaciones surgirán de las normas legales y convencionales que regulan las relaciones de trabajo que ese verdadero empleador esté ejecutando con los trabajadores a los que contrató directamente.

Para discernir adecuadamente los límites del simple intermediario frente a otras figuras, en casos puntales, el mismo artículo 35 CST estableció quienes se consideran simples intermediarios. Dice la norma que tienen esta calidad "aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo".

En ese orden de ideas y atendiendo a lo dicho hasta ahora, cuando en el proceso se demuestre: i) que la persona natural

o jurídica que afirma ser un empresario agrupó o coordinó los servicios de trabajadores en beneficio de terceros y éstos desarrollaron actividades ordinarias inherentes o conexas a las actividades del contratante, ii) que las labores se desarrollaron utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos del contratante de ese tercero, y iii) que ejerció el poder subordinante y el control de l.as actividades de esos trabajadores fue el beneficiario de las labores, el juez declarará en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política) que el verdadero empleador el que se benefició de los servicios y que la Cooperativa contratista actuó como un simple intermediario, con todas las consecuencias que ello acarrea en cuanto a los derechos que se pudieron haber causado.

Teniendo claro lo anterior y descendiendo en el análisis se advierte que fue allegado al expediente la oferta mercantil de fecha 5 de febrero de 2009, para los servicios de apoyo en la gestión en procesos técnicos, administrativos y operativos, en la que se contempla el objeto en los siguientes términos:

"(…)

PRIMERA. OBJETO: EL OFERENTE ofrece vender a **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA** los servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos identificados en el **Anexo No. 1 "Detalle de procesos, posiciones y valores"**, a través de la asignación de asociados de **EL OFERENTE**, a las posiciones que se consideran necesarias para el apoyo efectivo en la ejecución de los procesos descritos en el Anexo No. 1. Los servicios de apoyo que se ofrecen vender están referidos a la operación de las aerolíneas Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca y Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. SAM S.A.

PARAGRAFO: El número de posiciones necesarias bajo esta oferta conforme se describe en el Anexo 1 es variable y puede aumentar o disminuir durante la vigencia de la relación contractual surgida de la aceptación de la presente oferta conforme a las necesidades de **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA**, en cuyo caso se lo comunicará a **EL OFERENTE**, con el fin de que éste tome las medidas necesarias para ajustar el proceso correspondiente. En caso de requerirse por parte de **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA** otros procesos adicionales y/o incrementar los pasos dentro de alguno de los procesos descritos en el Anexo No. 1, se lo comunicará a **EL OFERENTE** quien enviará una oferta adicional para cubrir dichos procesos nuevos.

(…)".

Adicionalmente, se aprecia que en la cláusula 9 de la referida oferta mercantil, se estipuló el término de duración de la misma, definiéndolo desde la emisión de la orden de compra de los servicios hasta el 30 de mayo de 2010, debiéndose indicar que a efectos de demostrar la prórroga de la oferta, se allegaron otrosíes No. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 al contrato surgido de la aceptación por parte de Avianca mediante orden de compra de servicios No. A-003000000-656AV, encontrando prorrogada la oferta hasta el 31 de diciembre de 2017, conforme al otrosí No. 7.

Ahora bien, de la oferta mercantil aludida resulta evidente que los servicios de apoyo en la gestión en procesos técnicos, administrativos y operativos requeridos por Avianca S.A., contratados con Servicopava, obedecen a actividades ordinarias de Avianca S.A., siendo que el objeto social de la referida empresa comprende *"La explotación comercial de los servicios de a) transporte (i) aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como de todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; (ii) terrestre; en todas sus ramas; (iii) marítimo, en todas sus ramas; y (iv) multimodal; y b) servicios de ingeniería y mantenimiento; entrenamiento y servicios de apoyo que sean requeridos en todas las modalidades de transporte, todo de acuerdo con las leyes rigentes."*

De otra parte, debe indicarse que se encuentra acreditado que los demandantes, prestaron sus servicios como auxiliares de equipaje dentro de los periodos comprendidos entre el 19 de mayo de 2014 y el 2 de agosto de 2017 (Ana María Peña) y entre el 9 de diciembre de 2013 y el 2 de agosto de 2017 (José Alexander Martínez), por cuenta de la condición de asociados a Servicopava, según se desprende de los acuerdos cooperativos de trabajo asociado suscritos entre los actores y Servicopava, la liquidación de derechos económicos y demás comprobantes y certificaciones allegadas por las partes.

Ahora bien, respecto a las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se prestaron los servicios para Avianca en virtud del contrato antes mencionado y quien desplegó la subordinación y control en tal prestación, se cuenta con los testimonios de los señores:

José Robayo Robayo y **Fredy Alonso Cicoariza Amaya,** quienes manifestaron haber sido compañeros de trabajo de los demandantes, habiendo ingresado en forma previa a los demandantes, se advierte que los mismos dieron cuenta de la forma en que se daba la vinculación con Servicopava y Avianca, la participación en semilleros de capacitación adelantados en las instalaciones de Avianca en forma previa a la vinculación con la cooperativa, siendo contestes al ilustrar que en los cargos ejecutados a los testigos les correspondía atender viajeros, reclamaciones y pagar indemnizaciones, que las asignaciones se efectuaban en forma diaria mediante

briefing, que las ordenes se suministraban entre otros por la jefe patricia Villadiego que pertenencia a Avianca, lo cual les constaba porque estos mismos funcionarios indicaban que eran de Avianca además que sus prendas y herramientas estaban identificados con los logos de Avianca, que las capacitaciones durante la prestación del servicio se efectuaban en el sistema avancemos que era de Avianca, que las herramientas y elementos que usaban eran de propiedad de Avianca, lo que les constaba porque estaban contramarcados con tales logos e incluso el uniforme y carnet que usaban también lo poseía.

Al respecto, debe indicarse que si bien se propuso tacha de sospecha respecto de los anteriores testigos, por tener un proceso judicial similar, debe tenerse presente que no se podía concluir que las declaraciones realizadas carecían de veracidad, en la medida que se trataba de compañeros de trabajo de los demandantes, sus declaraciones fueron espontáneas y resultaron útiles para dilucidar la forma como se prestaban los servicios de los demandantes, además que varios puntos objeto de las declaraciones podían contrastarse con las documentales obrantes en el expediente tales como los cruce de correos electrónicos allegados, las copias de los carnets aportados e incluso la declaración de la señora **Marlene Prada** directora administrativa de Servicopava.

De la declaración de la señora antes mencionada, debe resaltarse también que si bien la misma dio cuenta de cómo era la organización administrativa y operativa de Servicopava

en los sitios de prestación de servicio (Aeropuerto Internacional El Dorado y del Puente Aéreo), aludiendo que habían líderes de servicio que eran quienes suministraban en forma directa los lineamientos a los cooperados, aspecto que no desconoce el testigo José Robayo, lo cierto es que el mismo indica que por encima de estos estaban los Duty Managers que eran superiores de Avianca que supervisaban la operación y eran quienes decidían si se debía ajustar o modificar algo trasmitiendo lo pertinente.

Nótese además, que dentro de la cláusula tercera de la oferta mercantil que contempla las obligaciones del destinario de la oferta, se estipularon las siguientes obligaciones:

"(…)

TERCERA. OBLIGACIONES DE EL DESTINATARIO DE LA OFERTA: Una vez aceptada la presente oferta mercantil, **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA** se obliga además de las obligaciones propias de la naturaleza de la relación que surge por efectos de la aceptación de la oferta, asume las siguientes obligaciones:

1. Cancelar el valor de las facturas que sean debidamente emitidas por **EL OFERENTE**, y que correspondan a los servicios prestados efectivamente, dentro de los plazos y tarifas previstos en la presente oferta;

2. Colaborar con **EL OFERENTE** en la capacitación de los asociados asignados por **EL OFERENTE** para la prestación de los servicios, en aspectos técnicos y de seguridad operacional propios de la naturaleza de la actividad que desarrolla **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA**;

3. Entregar en comodato los equipos, herramientas o elementos que **EL OFERENTE** pueda requerir para la correcta prestación de los servicios;

4. Pagar directamente como costos adicionales a la prestación de los servicios objeto de la presente oferta mercantil los relacionados con trámite de los permisos ante la Aerocivil, los carnets, los elementos de protección personal, la alimentación y el transporte de los asociados de **EL OFERENTE**. Para los procesos que apoyen los asociados de **EL OFERENTE** que requieran un uniforme o vestuario específico, el costo será asumido por **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA** y los uniformes o vestuario especifico será entregado por **EL OFERENTE** directamente a sus asociados.

(…)".

Como se observa las pruebas analizadas indican claramente que los elementos de trabajo eran propiedad de Avianca y que la subordinación entendida como la facultad de impartir ordenes sobre modo, cantidad, y calidad del servicio,

así como la facultad de capacitar al personal la desarrollaba Avianca S.A.

Así las cosas, se tiene que obran elementos de prueba suficientes para entender que existió una indebida intermediación en la vinculación de los demandantes por parte de Servicopava, pues pese a que entre la cooperativa y Avianca S.A. se emitió orden de compra de servicios de la oferta mercantil, el servicio de los señores Ana María Peña y José Alexander Martínez, se prestó de manera exclusiva y continua a la aerolínea, quien se reservó amplias capacidades de control sobre los servicios, suministró órdenes y las labores se realizaron en las locaciones de Avianca y para cumplirlas suministró las herramientas, materiales y uniformes, de lo cual resulta claro que el trabajador estuvo integrado en su organización y estructura empresarial, en esa medida habrá de confirmarse lo establecido por el a quo, esto es, que el verdadero empleador de los señores Ana María Peña y José Alexander Martínez fue Avianca S.A. y que servicopava fungió como simple intermediario.

Bajo el anterior entendimiento, y siendo que se trató de una verdadera relación laboral resultarían exitosas las reclamaciones de los derechos que la legislación laboral contempla, lo cual no obsta, para la aplicación de la compensación excepcionada siendo que el Código Civil, en sus artículos 1714, 1715 y 1716 consagra la compensación como un modo de extinguir las obligaciones de quienes son deudores entre sí, cuyas deudas sean en dinero, o de cosas

fungibles, o indeterminadas, de igual género y calidad, liquidas y actualmente exigible, resultando claro que al encontrase la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y Avianca S.A., quedan sin sustento los pagos efectuados por Servicopava a los señores Ana María Peña y Alexander Martínez y por ende la viabilidad en su compensación considerando que se determinó a la cooperativa como solidariamente responsable de las condenas, razones por las cuales resulta desacertado el reparo efectuado por la recurrente, especialmente cuando los demandantes en los interrogatorios de parte vertidos reconocieron que le fueron canceladas las compensaciones equivalentes a las prestaciones de ley y además ello se constata con el régimen de compensaciones aportado.

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria por no consignación de cesantías, si bien se alude por ambas demandadas que a los demandantes les fueron canceladas las compensaciones anuales y ello exoneraría de tal indemnización como cuando se solicitan para efectuar un pago parcial de la mismas en los eventos de ley, lo cierto es que tal indemnización se causa precisamente es por la no consignación ya que por disposición legal estas no pueden ser entregadas al trabajador, siendo un criterio pacifico que para la procedencia de las indemnizaciones moratorias el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si existió buena o mala fe en tal omisión, ya que solo ante este último resulta procedente.

Revisadas las operaciones aritméticas, se evidenció que si bien en la liquidación efectuada por el despacho, la misma arrojó una cifra superior a la establecida por el aquo, como quiera lo relacionado con la indemnización por no consignación de las cesantías no fue objeto de inconformidad por la parte actora, no procede modificación alguna.

En esa medida, revisado el caudal probatorio allegado y teniendo en cuenta que se advirtió que en el presente asunto se intentó encubrir la existencia de una verdadera relación laboral entre los demandantes y Avianca S.A., en donde Servicopava fungió como un simple intermediario, siendo evidente que la actividad desarrollada por los actores era inherente al giro ordinario de los negocios de Avianca, las labores se ejecutaron en dependencias de la misma y con los elementos proporcionados por esta y ejerciéndose poder subordinante y de control por la misma frente a estos, se tiene que a juicio de esta sala dicho actuar no denota buena fe, resultando procedente el pago de la indemnización condenada.

Finalmente, respecto a la inconformidad planteada respecto de la indemnización por despido injusto, fundamentada en que los convenios de asociación no terminaron de manera caprichosa ya que ello ocurrió en razón a la terminación de la oferta mercantil, sobre el particular se advierte que a los aquí demandantes se les envió una comunicación el 2 de agosto de 2017, en la que se les informaba que mediante resolución No. 206 (José Alexander

Martínez) y No. 208 (Ana María Peña), se había decidido el retiro de las labores asociativas que venían desempeñando y que ello conllevaba a dar fin a la calidad de trabajador asociado a partir de la culminación de la labor de ese mismo día, resolución en la que se a su turno se indicaba que la cooperativa se había visto en la necesidad de retirarlos del puesto que se debía reestructurar el proceso que estos adelantaban.

Como se observa tal motivación en modo alguno se ajusta a alguna de las justas causas de terminación del contrato de trabajo contempladas en el artículo 62 del C.S.T. (Modif. art. 7 del Decreto 2351 de 1965), razones que resultan suficientes a juicio de esta sala para que resultara procedente el pago de la indemnización por despido injusto.

A continuación se procedió a verificar las operaciones aritméticas efectuadas por el despacho en primera instancia, encontrándose que al liquidar la indemnización por despido injusto, considerando el último salario percibido por los demandantes ascendente a $983.697 (inferior a 10 SMMLV) y que estos trabajaron un total de 1154 días (Ana María Peña) y 1314 días (José Alexander Peña) al servicio de Avianca S.A., se tiene que les correspondía 74,1 días y 83 días de indemnización respectivamente, para un total por concepto de indemnización por despido injusto para **Ana María Peña ($2.430.095,92)** y para **José Alexander Peña ($2.721.561,70)**, por lo que se procederá a modificar la decisión en este sentido.

Costas a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 8° de la sentencia expedida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que los valores que corresponden a la indemnización por despido injusto a favor de los demandantes son los siguientes: para Ana María Peña la suma de $2.430.095,92 y para José Alexander Martínez (la suma de $2.721.561,70, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS, en esta instancia a cargo de las demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS GUILLERMO VILLALBA CUBILLOS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 036 2020 00211 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que el traslado que realizó el demandante, se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar dicho traslado y no evidenciando la voluntad de trasladarse nuevamente al régimen de prima media por el contrario continúo cotizando y eligiendo a la AFP.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni resultaron demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo114 de la 100 de 1993.

El apoderado del demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, le corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones la carga de prueba, la cual señaló que en el presente asunto fue insuficiente.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a los fondos privados Porvenir S.A y Protección S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de las cotizaciones efectuadas, aportes, rendimientos, cuotas de administración, bonos pensionales, comisiones e intereses y todo lo recibido durante la vinculación debidamente indexado; así como también ordenar a esta última entidad, una vez se encuentre a dicho régimen reconozca y pague la pensión de vejez.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 10 de mayo de 1955; que cotizó 738.43 semanas al Instituto de los Seguros sociales; que se trasladó a Porvenir S.A., el 18 de diciembre de 1997; que posteriormente se trasladó a Protección S.A., el 25 de septiembre de 2008 y el 21 de agosto de 2012 a Horizonte S.A; sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 13,25,48 y 53 de la Constitución política, la Ley 71 de 1988, el artículo 36 de Ley 100 de 1993, los artículos 1502, 1508, 1510, 1511, 1740, 1741, 1742, 1746 del Código

Civil, el Decreto 656 de 1994 y las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL12136-2014, CSJ SL19447 – 2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989 – 2018 y SL 1452-2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación que realizó el demandante en el año 1997, fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de traslado efectuado por el demandante es plenamente válido emanado de la voluntad y del cual nacieron obligaciones para ambas partes. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligaciones y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, en virtud de que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de las responsabilidades de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de abril de 2022, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor CARLOS GUILLERMO VILLALBA CUBILLOS del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, el 18 de diciembre de 1997, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones. Incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÒN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de esta con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.*
>
> *QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción*
>
> *SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES. Liquídense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo cada una de ellas.*
>
> *SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de

2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendiéndose a que la entidad es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el demandante y las APF, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter- partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada Colpensiones no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la misma; señaló que la tal declaratoria afecta el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, cual fue establecido por el articulo 48 de la Constitución Política; por otro lado, solicitó se revoque la condena en costas, en caso en que no llegue a prosperar el recurso presentado.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en primera lugar, que el demandante no está en la posibilidad jurídica o legal de trasladarse de régimen máxime cuando ya se está curso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; resaltó que la acción se está dirigiendo a declarar la ineficacia por el sustento de una falta de información al momento de realizarse el traslado en el año de 1997, cuando lo cierto, es que es por el no cumplimiento de una mera expectativa pensional; precisó que existe una contradicción en el interrogatorio de parte absuelto por el actor y el escrito de demanda en lo referente a como se efectuó el traslado de régimen pensional; por otro lado, indicó que no se puede deducir que la AFP faltó al deber de información, por no acreditar de forma documental que la misma se brindó, ya que debe tenerse en cuenta que la misma se dio de forma verbal de conformidad con el articulo 97 del Decreto 663 de 1993, para el momento en que se realizó el traslado, por lo que no resulta procedente realizar devolución de gastos de administración, prima de seguro provisional, comisiones, fondo de garantía mínima, teniendo en cuenta que dichos dineros no pertenecen al demandante en ninguno de los regímenes pensionales, sino que pertenecen a la AFP por su

buena gestión, esto de conformidad con concepto del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiara, que señaló que en los eventos que se declare la ineficacia de traslado los únicos dineros que se deben devolver son las cotizaciones y los rendimientos, toda vez que no financian la pensión de vejez y están sujetos a la prescripción.

La apoderada de Protección interpuso recurso de apelación en contra del numeral tercero de la sentencia proferida que ordenó el traslado de los descuentos que fueron realizados durante el tiempo de la afiliación del actor frente a conceptos de administración y seguros previsionales de forma indexada, al considerar que dichos emolumentos no están dirigidos a financiar la pensión de vejez en ninguno de los dos regímenes y en ese sentido es posible analizar el fenómeno prescriptivo sobre los mismos, en virtud del tiempo trascurrido.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios*

que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 18 de diciembre de 1997.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la*

cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 de Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulta vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AMYRIAM JUDITH PENAGOS PINZON contra COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 036 2020 00395 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuestos por las apoderadas de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de enero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso la demandante, a la fecha de solicitud de afiliación al RPM la efectuó cuando contaba con la edad para adquirir pensión de vejez, por lo cual no era viable retornar al régimen de prima media, dado que, debió hacerlo cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que la afiliación con la AFP se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, así como también se encuentra en el interrogatorio rendido la manifestación expresa de que no fue obligada a trasladarse de régimen.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladas al momento del traslado de régimen, así como los demás dineros aportados por la actora durante el tiempo en que ha esto afiliada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

Sustentó sus pretensiones, en que cotizó para el Instituto de los Seguros Sociales; que, para el mes de julio de 2005, se encontraba laborando por la empresa Corporación Vínculos, cuando un asesor de Porvenir S.A, promovió el traslado de régimen, sin que le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos los artículos 4, 48, 53, 335 de la Constitución Política, el articulo 13 y 14 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de1994, los artículos 63,1746 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral con radicados números 31989 de 2008, 46292 de 2014, 36615 de 2019, 68852 de 2019, 56174 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación al RAIS, se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la actora, por lo que no hay lugar a declarar la

ineficacia de traslado. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, 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 de sostenibilidad financiera, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación efectuada por la actora a la AFP es completamente válida, en virtud de que brindo la información pertinente y necesaria, que estuvo precedida de una asesoría oportuna, profesional, informada. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de enero de 2023, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por MYRIAM JUDITH PENAGOS PINZÓN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada el día 28 de julio de 2005, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.*
>
> *CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.*
>
> *QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Liquídense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.*

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S"

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de 2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación al considerar que se debe tener en cuenta la inversión de la carga de la prueba, ya que esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP, en atención de que la demandante contaba con los medios y capacidades para comprender lo estaba firmando, sin que pueda determinarse como parte débil en este proceso; preciso que todas la actuaciones que realizó la entidad se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la actora se basa única y exclusivamente en el cumplimiento del deber legal del literal e del articulo 13 de la Ley 100 de 1993; señaló que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y 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 de los aportes que los demás afiliados han realizado; finalmente solicitó en lo concerniente al pago de las costas no acceder a ellas, toda vez que Colpensiones no adeuda suma alguna de dinero a la demandante, así como tampoco se evidencia negligencia en su actuar.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en su integridad, al considera que el traslado de régimen se realizó de manera libre, voluntaria y consciente con la AFP, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito en julio del año 2005, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación; resaltó que no se puede exigir un deber de información con un nivel mayor que con el que se encontraba para el año de 2005, la suscripción del formulario de afiliación no puede ser considerado como un mero requisito formal sin ninguna consecuencia, toda vez que no podía ser ignorado por la AFP, ya que sin dicho documento no se hubiese podido perfeccionar el traslado de régimen pensional; por otro lado, refirió que se aparta de la condena de trasladar los rendimientos, gastos financieros y seguros previsionales debidamente indexados, en virtud de que no proceden los mismos en razón a que debería aplicarse la figura de la restituciones mutuas, así como también que el descuento realizado de dichos emolumentos se realizó de conformidad con la Ley 100 de 1993.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan

atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía,*

en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 28 de julio de 2005.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de enero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **SANTANDER BLANCO MARRUGO** CONTRA **SOCIEDAD COMERCIAL ECO INDUSTRY SAS**

RADICADO: 11001 3105 038 2019 00343 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de septiembre de 2021, en la que se absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas por el actor.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 17 de junio de 2016 y vigente a la presentación de la demanda así como que el accidente laboral sufrido era imputable al empleador, en consecuencia, se condenara a la demandada a pagar: 1) los salarios dejados de percibir durante el periodo de incapacidades correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2016, todo el año 2017, de enero a abril de 2018 y los demás que se causaran: 2) el auxilio de transporte por estos mismos periodos; 3) primas de servicios del mes de diciembre de 2016, junto con las del año 2017 y 2018; 4) cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones por todo el tiempo laborado; 5) indemnización moratoria de que trata el articulo 65 del C.S.T.; 6) indemnización contemplada en la Ley 361 de 1967; 7) indemnización por despido injusto; 8) aportes al SGSS integral y 9) indemnización por perjuicios materiales daño emergente y lucro cesante actual y futuro, perjuicios morales y daño en vida relación, igualmente, reclama el pago de tales sumas debidamente indexadas y con intereses moratorios, a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que fue contratado verbalmente para prestar sus servicios como operario de maquina compactadora de laminas el 17 de junio de 2016, recibiendo

un salario mensual de $689.455; que para la realización de la labor no contaba con ninguna medida de seguridad apropiada ni elementos de protección, pues se ejerció con guantes de plástico y cuero, debiendo usar guantes de metal; que el 2 de julio de 2016, sufrió un accidente laboral que consistió en que la máquina compactadora de lámina haló el guante aplastándole la mano derecha, ocasionándole un trauma con herida abierta, deformidad con dolor y limitación funcional; que como consecuencia del accidente de trabajo quedo con una incapacidad permanente que le imposibilita trabajar y que durante el periodo de recuperación y/o incapacidad solo recibió el pago del salario de los meses de julio a octubre de 2016.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Sociedad Comercial Eco Industry SAS, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición lo fundamento en las razones expuestas en las excepciones en donde a grosso modo señaló que la parte actora buscaba narrar hechos que no correspondían a la realidad que presentaban a la empresa como descuidada y negligente, además manifestó que no se adeudaba ninguna de las reclamaciones dinerarias siendo que contaba con paz y salvo del extrabajador, comprobante de pago de la indemnización por accidente laboral y pago de las cesantías del trabajador.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, mala fe, información falsa y declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> **PRIMERO:** ABSOLVER a la demandada ECO INDUSTRY S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por el señor SANTANDER BLANCO MARRUGO. Lo anterior, en la forma y específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.
>
> **SEGUNDO:** EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las propuestas.
>
> **TERCERO:** COSTAS. Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000, en favor de la accionada
>
> **CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que de las pruebas aportadas y practicadas, entre ellas, el contrato de trabajo allegado por la demandada y la renuncia presentada por el actor, encontró acreditada la existencia de una relación laboral que tuvo como extremos el 2 de julio de 2016 (inicio) y el 17 de enero de 2019 (final), con una remuneración equivalente al SMMLV, asimismo, encontró acreditada la ocurrencia del accidente laboral como se colegía de las historias clínicas aportadas y reporte efectuado a la ARL SURA.

En cuanto al pago del salario y/o incapacidad, se señaló que estaba acreditado que el accidente ocurrió el 2 de julio del 2016 y que la cobertura de riesgos laborales operó a partir del 3 de julio del año 2016, por lo que la ARL en manera alguna debía amparar las contingencias, por lo que la demandada asumió la responsabilidad directa sobre ello, así mencionó que desde el acaecimiento del accidente se continuaron efectuando pagos bajo el concepto de incapacidad y aunque no se encontró el pago del periodo del 29 de enero al 30 de abril de 2017, se tuvo por acreditado el pago con la presunción de ciertos que recae sobre los hechos de la contestación y de las excepciones de fondo ante la inasistencia del demandante injustificada a la audiencia obligatoria de conciliación.

Respecto del auxilio de transporte reclamado se argumentó que como el mismo estaba previsto para solventar los gastos en que incurra el trabajador por sus desplazamientos al sitio de trabajo, este no se causaba cuando se estaba en incapacidad.

En lo relativo al auxilio de cesantías del año 2016, 2017 y 2018, se precisó que se allegaron las planillas de pago con destino a Protección S.A. y la proporción del año 2019, así como los pagos por las demás prestaciones sociales reclamadas y vacaciones se tenía por sufragada con ocasión de la presunción de ciertos que recae sobre los hechos de la demanda, dada la inasistencia del demandante, a la etapa de conciliación obligatoria y el interrogatorio de parte, de igual

forma encontró probados los aportes al SGSS, con las planillas aportadas.

Tratándose de la indemnización de que trata el artículo 26 de La ley 361 de 1997, señaló que con fundamento en las pruebas recaudadas, se tenia que el actor el 17 de enero del año 2019, presentó su renuncia al empleo sin que por tanto se requiriera autorización de la autoridad del trabajo en los términos de la jurisprudencia traída a colación, por esta misma razón y dado que no era posible predicar la existencia de un despido, se absolvió de la indemnización por despido.

En relación a la indemnización plena de perjuicios, se indicó que con las pruebas aportadas no evidenciaba que hubiera mediado culpa suficientemente comprobada de la demandada en la ocurrencia del accidente, siendo insuficiente la manifestación que se hace en los hechos de la demanda sobre la inexistencia de programas de riesgos laborales y salud ocupacional, siendo que tampoco se había demostrado que el demandante requiriera de elementos de protección de unas condiciones distintas a las que contaba (guantes de cuero), pues incluso si se hubiesen suministrado guantes metálicos también habría podido ocurrir el siniestro y tampoco se podía deducir dentro de este contexto que el accidente o el aplastamiento de la mano hubiera sido producto de fallas técnicas de la máquina que había estado operando el accionante y tampoco se aduce que el accionante no tuviera las calidades o las capacidades académicas y técnicas para operar o maniobrar la máquina por lo que no evidenciaba un

nexo de causalidad entre el proceder de la demandada y el suceso mismo.

IV. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la procedencia en el pago del salario y/o incapacidad, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al SGSS y auxilio de transporte en los tiempos reclamados, así como si eran procedentes las siguientes indemnizaciones: i) moratoria de que trata el articulo 65 del C.S.T; ii) indemnización por despido injusto y ii) indemnización de perjuicios por culpa patronal daño emergente y lucro cesante actual y futuro, perjuicios morales y daño en vida relación.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año el cual estuvo vigente dentro del periodo comprendido entre el 2 de julio de 2016 y el 17 de enero de 2019; ii) que se desempeñó como operario de maquina compactadora y recibía como contraprestación el SMMLV y iii) que el actor sufrió un accidente de trabajo el 2 de julio de 2016, consistente en que la mano derecha del actor fue alcanzado por la maquina compactadora cuando llenaba la misma y un compañero bajo la tapa sin darse cuenta que aun tenia la mano adentro, según dan cuenta las documentales allegadas, los hechos aceptados

por la empresa al contestar la demanda y no haber sido objeto de inconformidad por las partes.

La sala tendrá como premisas argumentativas para tomar la decisión que en este caso ante la inasistencia injustificada del demandante a la audiencia obligatoria de conciliación y la audiencia fijada para absolver interrogatorio de parte a instancias de la empresa demandada, se aplicó la confesión ficta del actor respecto de la excepción de cobro de lo no debido en donde se indicó que no se adeudaban suma alguna de las reclamaciones dinerarias y se presumiría que se le habían sufragado los valores que se mencionaban en la excepción, aspecto que no fue objeto de inconformidad alguna.

En la excepción de cobro de lo no debido, se indicó que no se adeudaba ningún pago de lo reclamado por el actor en cuanto a que: i) se allegaba paz y salvo expedido por el actor por todo concepto de obligaciones laborales del 17 de enero de 2019; ii) se anexaba comprobante de pago de $7.000.000 como pago de la indemnización por accidente laboral y ii) planillas de cesantías donde constaba el pago de las mismas.

En este punto, conviene recordar que la C.S.J, S.C.C, en sentencia STC1575-2017, indicó:

> *"(…)*
>
> *2.6. La no comparecencia del citado a la audiencia donde habrá de llevarse a cabo el interrogatorio, o a la inicial (o de instrucción y juzgamiento, cuando son concentradas), da lugar, como se señaló precedentemente, a tener por ciertos los hechos susceptibles de este tipo de prueba.*

En rigor, se trata de una presunción de tipo legal o juris tantum, lo que equivale a afirmar

> *"(…) que invierte el peso de la prueba haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las consecuencias de la presunción comentada, que es presunción acabada en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar –bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél"[1].*

2.7. Importa precisar que la confesión ficta tendrá el mismo valor y fuerza que a las confesiones propiamente dichas la ley les atribuye[2], siempre y cuando, se insiste, no exista dentro del proceso prueba en contrario y para su incorporación se hayan cumplido las condiciones previstas en el artículo 191 del Código General del Proceso."

Igualmente, tratándose de confesión ficta, nuestro órgano de cierre, en sentencia SL660-2019, señaló *"(…) toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL 29398, 6 mar. CSJ SL 39357, 13 feb. 2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017), en la medida que el juez de trabajo esta prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la prueba de confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, reiterada en la CSJ SL13572018)".*

Como se observa, a pesar de haberse aplicado tal figura ello no imposibilita que se pueda llegar a otra conclusión, sin embargo, el despliegue probatorio de la parte actora fue deficiente, pues ni siquiera se solicitaron testimonios e insistió a diligencias importantes cuyos efectos eran adversos a la

---

[1] CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994; reiterando otro pronunciamiento de 24 de junio de 1992.
[2] Sobre el valor probatorio de la confesión ficta, véase: CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994.

parte, por lo que no queda otra alternativa que confirmar la decisión en cuanto a los periodos reclamados por concepto de salarios y/o incapacidad, prestaciones sociales y aportes al SGSS, siendo que aunque no se allegaron los soportes completos de tales pagos efectuados, si se allegaron comprobantes y planillas de pago de gran parte de los mismos, entre ellos, el paz y salvo que se aludió en la excepción, el cual si bien no se encuentra firmado como la mayoría de los documentos que involucran al actor si cuenta con su huella, nótese que incluso el poder conferido por el actor a su apoderado cuenta es con su huella, como quiera que de acuerdo con lo registrado en la diligencia de reconocimiento de contenido de documento privado con firma a ruego *"el compareciente manifestó no saber y/o no poder firmar (…)".*

En lo que tiene que ver con el reconocimiento del auxilio de transporte dejado de percibir durante el periodo de las incapacidades, debe indicarse que el mismo se reconoce a trabajadores que ganen hasta 2 SMMLV, cuando se desplacen hasta el lugar de trabajo y que deban incurrir en gastos de transporte para ello, en consecuencia, como durante la incapacidad no se presenta tal desplazamiento este auxilio no se causa, tal y como se explicó por el aquo.

Así las cosas y dado que no quedó acreditado que se adeudaran salarios y prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral, tampoco se causa el pago de la indemnización moratoria de que trata el articulo 65 del C.S.T.

Respecto de la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1967, debe indicarse que tal norma establece lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.*** *En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar****. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.***
>
> ***No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren."***[3] (Subrayas y negrita fuera de texto).

Así mismo, se tiene que la C.S.J., S.C.L. en pronunciamiento reciente realizado en la sentencia SL1152-2023, se indicó que para definir si una persona era beneficiaria de la ley 361 de 1997, se debia determinar i) la existencia de una deficiencia a mediano o largo plazo; ii) la existencia de una barrera de tipo laboral que le impidiera ejercer en condiciones de igualdad su labor y iii) que dicha situación fuera conocida o notoria para el empleador.

Descendiendo en el análisis, se tiene que en el presente asunto obra comunicación de fecha 17 de enero de 2019, en los siguientes términos *"Yo BLANCO MARRUGO SANTANDER identificado con Cedula de Ciudadanía No. 92.536.430 manifiesto que es mi deseo de retirarme de forma voluntaria de la empresa ECO INDUSTRY S.A.S."* en párrafo subsiguiente se indica *"Dicho retiro deseo que se efectué a partir del día 17 de*

enero de 2019, dando por terminado mi vinculo como trabajador de dicha entidad.", carta que es firmada a ruego ante la notaria 17 del Circulo de Bogotá, en la misma fecha.

Sobre el particular, debe indicarse que para ser beneficiario de la indemnización contenida en el artículo26 de la Ley 361 de 1967, se requiere que el despido sea discriminatorio, no obstante, este no se configura en los casos en que se presenta renuncia pura y simple del trabajador o se suscribe terminación del contrato por mutuo acuerdo, salvo que se alegue y demuestre algún vicio en el consentimiento del mismo tal y como se ha mencionado en diversos pronunciamientos de nuestro órgano de cierre, aspecto que no se cuestionó en este caso, razones por las cuales se confirmará la decisión en cuanto a la indemnización por despido discriminatorio y por despido injusto.

En cuanto si existió culpa suficientemente comprobada del empleador en el accidente de trabajo, se observa que los reparos del actor giran en torno a que no se suministraron los herramientas, maquinaria y elementos de seguridad apropiados pues aduce que ejercicio la actividad con guantes de plástico y cuero cuando debió usar guantes de metal.

Al respecto, debe señalarse que en sentencia CSJ SL1897-2021, se realizó a profundidad el estudio de los supuestos del art. 216 del CST para declarar la responsabilidad por la indemnización plena de perjuicios en los casos de culpa por omisión, por lo que se trascriben a

continuación, los apartes pertinentes:

> *"1.1. Sobre la culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, la Sala tiene enseñado que:*
>
> *"[...] la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)". Tomado de la sentencia CSJ SL 5154-2020.*
>
> *En otras palabras, la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la culpa leve que define el art. 63 del CC.*
>
> *La culpa leve implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, frente al deber de tomar las medidas adecuadas para evitar el riesgo laboral sucedido, y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio (CSJ SL1073-2021). Él siempre podrá probar la diligencia y cuidado que debió emplear para evitar el riesgo laboral en cuestión, según el art. 1604 del CC.*
>
> ***En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.***

Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúe la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019, CSJ SL2168-2019, CSJ SL2336-2020 y CSJ SL5154-2020).

1.2 En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entra la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020."

Hechas las anteriores precisiones, y con el fin de verificar la omisión atribuida por el demandante a la empresa demandada, tenemos, que si bien, en principio, bastaría con la simple enunciación de la omisión, esto es, que no se suministraron los elemento de protección apropiados, lo cierto es que la máquina cuya operación debía desplegar el actor era una compactadora de láminas que de acuerdo con la epicrisis e historia clínica allegada le generó una herida abierta y deformidad con dolor y limitación funcional, ocasionándole fracturas múltiples de huesos metacarpianos, advirtiéndose que en las incapacidades expedidas en el año 2017, el

diagnostico corresponde a *"Secuelas de trauma por aplastamiento mano derecha",* en consecuencia, la omisión aducida por la parte actora no habría evitado el infortunio sufrido siendo que incluso si se hubiese contado con los guantes metálicos habría acaecido el aplastamiento, por lo que ante la omisión aducida por la parte no habría una relación causal entre la culpa y el hecho dañino, razones por las cuales no resulta suficientemente comprobada la culpa del empleador, y en consecuencia, tampoco habría lugar a los perjuicios morales y en vida en relación reclamados, los cuales incluso ni se indicaron que consistieron por lo que se confirmará la decisión del aquo.

Sin Costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDGAR HUMBERTO SANTANA CORTES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 039 2022 00189 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuestos por las apoderadas de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de diciembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP Protección.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que el traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que, de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su debe objetivo, profesional y legal de brindar una adecuada información durante la etapa previa a perfeccionarse el traslado de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a este último fondo trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades sin aplicar ningún descuento.

Sustentó sus pretensiones, en que inicio sus aportes a pensión a través del régimen de prima media con prestación definida; que se trasladó en el mes de junio de 2000 a Protección S.A; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A; sin que los fondos privados hubieran brindado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos los artículos 13, 25, 48 y 53, la Ley 100 de 1993, los artículos 4, 14 y15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, el Acto Legislativo 01 de 2055 Ley 797 de 2003, el artículo 1603 del Código Civil, el Decreto 2071 de 2015, los artículos 1,2, 25,26 y 70 del Código Procesal del Trabajo y la SS.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo al demandante una asesoría profesional y completa, en la que se dio una información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivo para la toma de una decisión consiente, tal como lo dispone el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación al RAIS es válida y eficaz, en virtud de que fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigente para la época del traslado, de manera libre, voluntaria y sin presiones. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de diciembre de 2023, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante EDGAR HUMBERTO SANTANA CORTÉS del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media, situación que también se debe entender frene a la afiliación que hizo subsiguiente, esto es, de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todos los dineros que recibió por gastos de administración y comisiones por administración, junto con las primas de seguros previsionales pagadas por invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, más los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que tratan los numerales segundo y tercero, y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

SEXTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales en contra de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de un millón de pesos ($1.000.000), se exonera a COLPENSIONES.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión por cuanto esta sentencia tiene órdenes a cargo de COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y trasparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente al numeral tercero de la decisión de instancia en lo referente a la condena de retornar los valores de forma indexada, al considerar que de conformidad con pronunciamientos del Tribunal de Cundinamarca y Cali, esta última concretamente en la sentencia 018-2019-00473, se ha determinado que no es viable la devolución, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que el demandante no cumple los requisitos para trasladarse de régimen pensional de conformidad con los preceptos legales y jurisprudenciales; así como tampoco se evidencia algún tipo de engaño por parte de las AFP que diera paso a declarar la ineficacia del mismo , teniendo en cuenta que las oportunidades legales nunca se manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada en el RAIS en un término de más de 20 años, resultando así asumir las consecuencias legales de tal decisión,. En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia proferida.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen

de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"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.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,*

no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 14 de abril de 2000.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de diciembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO