



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

PROCESO ORDINARIO No. 38-2021-00176-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA ROSALBA CAMARGO PIZA
DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.** representada legalmente por la Dra. **MARÍA CAMILA RIOS OLIVEROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.391 y tarjeta profesional No. 272.749 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 tarjeta profesional No 321.634 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de octubre del 2022.

ALEGACIONES

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



NTECEDENTES

La señora MARÍA ROSALBA CAMARGO PIZA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE CONDENE a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de vejez desde el 20 de marzo del 2009, junto con la indexación de las mesadas adeudadas lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició su actividad laboral a partir de 1989 a 1990 para empleadores (personas naturales) en actividades del hogar sin que hayan realizado aportes por concepto de pensión y que desconoce el paradero de dichos empleadores; que posteriormente se vinculó a SERTEASEO LTDA a partir del 08 de enero de 1994 y que también laboró para ASEO GLOBAL LTDA, CASALIMPIA S.A. y SUMMAR PROCESOS S.A.; que solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 6, 9 y 10; negó el 7 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, ausencia de prueba de relación laboral o contrato de trabajo, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las todas y cada una de las



pretensiones formuladas por MARIA ROSALBA CAMARGO PIZA. Lo anterior, 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 de la demandante, en firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$250.000 en favor de COLPENSIONES.

CUARTO: Si no fuere apelado oportunamente la presente sentencia, Consúltese con el Superior”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no se le puede aplicar el Acuerdo 049 de 1990 por vía del régimen de transición como quiera que no tiene ninguna cotización o afiliación antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que nunca ha estado afiliada a un régimen anterior.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien es cierto existen unos períodos que no aparecen cotizados o no los registra la actual entidad Colpensiones, lo cierto es que en la época los mismos se realizaron al Seguro Social. Señala que no fue posible encontrar un soporte que demostrara las cotizaciones antes de 1994. Que se anexaron documentales que fueron refrendadas por los testimonios traídos al proceso que dan fe de que la demandante desde enero de 1995 estuvo vinculada y cotizando de manera ininterrumpida. Afirma que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con la edad requerida. Finalmente, señala que era obligación de los empleadores afiliar y realizar las respectivas cotizaciones y no se le pudo endilgar la culpa al trabajador.

CONSIDERACIONES



En virtud de lo establecido en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apelación formulado por la parte demandante.

El problema jurídico que nos ocupa consiste en establecer si acertó el fallador de primera instancia al señalar que la demandante no podía pensionarse bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por vía del régimen de transición, como quiera que no había realizado ninguna cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 o si por el contrario como lo sostiene la parte demandante si puede pensionarse al amparo de dicha normatividad.

Como es sabido, el art. 36 de la L. 100/93 estableció un régimen de transición para quienes a la entrada en vigencia de dicha normatividad contaran con 35 años o más de edad siendo mujer o 15 años o más de servicios; **a quienes se les aplicaría el régimen anterior al cual se encontraran afiliados.**

En cuanto a dicho régimen, la CSJ tuvo la oportunidad de pronunciarse entre otras en la sentencia SL 1018-2023 en la que fue clara al señalar que para aplicar en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen pensional anterior, el afiliado debía haber estado vinculado al sistema pensional anterior con el que anhela acceder al derecho, cuando estuvo vigente, pues lo que se busca proteger son las expectativas legítimas de que su pensión será producto de aplicar el sistema o régimen pensional anterior al cual se encuentre afiliado.

Así lo dijo Corte en la sentencia precitada en la que reiteró lo expuesto en la sentencia SL 8098-2014 y SL 3984-2022:

[...] para que se aplique el régimen de transición del artículo 36 de la L. 100/1993, es presupuesto fundamental que ese grupo poblacional, frente al cambio legislativo, tenga en ese momento una expectativa legítima de que su pensión será producto de aplicar el sistema o régimen pensional anterior del cual es beneficiario, sin que sea indispensable tener la condición de cotizante activo para el 1° de abril de 1994. En otras palabras, es posible acceder al derecho pensional con amparo en la citada transición, pero siempre y cuando la persona hubiera estado afiliada al sistema anterior con el que aspira pensionarse, ya que



no es admisible hacer derivar un derecho de una calidad que nunca se tuvo. En sentencia reciente de la CSJ SL 2129-2014, del 19 de feb./ 2014, rad. 49815, en un proceso seguido contra el mismo Instituto de Seguros Sociales, se puntualizó: (...)

Nótese que la razón de ser para implementar un régimen de transición cuando opera un cambio legislativo en materia pensional no es otra que la de proteger a quienes estuvieren próximos a pensionarse, respetándoles los requisitos que les exigía el sistema pensional que les aplicaba con antelación al nuevo, sin que ello signifique que para beneficiarse de esta garantía sea necesario estar cotizando en ese momento.

Para que lo anterior justifique su operatividad, es decir, que se aplique el beneficio del régimen de transición, es presupuesto fundamental que ese grupo poblacional, frente al cambio legislativo, tenga en ese momento una expectativa legítima de que su pensión será producto de aplicar el sistema o régimen pensional anterior del cual es beneficiario, sin que sea menester tener la condición de cotizante activo, en este caso, para el 1 de abril de 1994 [...] (subrayado añadido).

Conforme lo anterior, al no haberse probado dentro del expediente que la demandante se haya encontrado afiliada cuando estaba vigente el Acuerdo 049 de 1990, pues su primera cotización la realizó en mayo de 1995, es claro tal y como lo dijo el fallador de primera instancia, que la demandante no se le puede aplicar dicha normatividad por vía del régimen de transición pese a que tenía más de 35 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 conforme lo exige el artículo 36 de dicha normatividad, por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca tuvo.

Y si bien era obligación de los empleadores realizar la afiliación y cotización, lo cierto es, que la demandante no trajo al proceso a los empleadores que dice tuvo antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y, no aparece ninguna afiliación, ni cotización antes de mayo de 1995, por lo que no es posible estudiarle una pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Virtud de lo dicho habrá de confirmarse en su integridad la absolución impartida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.



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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MYRIAM NIÑO MANRIQUE VS GUANTES
M Y V LTDA RAD N° 12-2019-738-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

MYRIAM NIÑO MANRIQUE, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **M Y V LTDA** para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término en el cargo de oficios varios, con un salario de \$1075000 pagados de forma quincenal, que el contrato inició el 5 de marzo de 2015 y terminó el 5 de marzo de 2019, sin justa causa. En consecuencia, solicita el pago de prestaciones, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, vacaciones, indemnización por despido injusto, extra y ultra petita y costas. (Expediente Digitalizado).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta que la señora MYRIAM NIÑO MANRIQUE, comenzó a laborar en GUANTES M Y V, el día 05 de marzo de 2015 como empleada de oficios varios, que en diciembre del año 2016 se firmó un contrato bajo la denominación de prestación de servicios, donde se indicaban las obligaciones como trabajadora, que se pactó como remuneración la suma de UN MILLON SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$1.075.000.00), mensuales pagaderos quincenalmente, que el 15 de marzo de 2019, las demandadas dieron por terminado el contrato de trabajo sin justificación que el 23 de julio de 2019 se convocó, bajo el radicado RU/5043649-14, a diligencia de conciliación con el objeto de solicitar el pago, que a la diligencia anteriormente mencionada, realizada el día 23 julio de 2019, la demandada no asistió, que la demandada GUANTES M Y V LTDA y la señora MARIA CLAUDIA NIETO CABREJO, incumplieron con sus obligaciones como empleadoras al no cancelar de las prestaciones sociales al terminar la relación de trabajo (Expediente Digitalizado).

La demandada, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, afirmando que no existió contrato de trabajo sino de prestación de servicios. Negó los hechos en su mayoría aceptando que si se suscribió un contrato por valor de \$12.900.000, suma que se cancelaba en cuotas quincenales y que no asistió a la diligencia porque no le fue posible sin que esto implique aceptación de las pretensiones de la actora. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente Digitalizado)

Tramitada la primera instancia, el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá; (Proceso enviado en virtud de acuerdo de descongestión) profirió sentencia el once (11) de octubre de 2022, por la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre MYRIAM NIÑO MANRIQUE Y GUANTES M Y V LTDA. el cual inició el 05 de marzo de 2015 y hasta el 15 de marzo de 2019, en el cual la actora devengó como último salario la suma de \$1.290.000, y que fue terminado sin justa causa por parte de la demandada, conforme la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada GUANTES M Y V LTDA, a reconocer y pagar a MYRIAM NIÑO MANRIQUE los siguientes conceptos: a. A la suma de \$5.160.000 por concepto de auxilio de cesantías de todo el tiempo laborado. b. A la suma de \$1.238.400 por concepto de intereses a las cesantías y a su respectiva sanción de todo el tiempo laborado. c. A la suma de \$5.160.000 por concepto de primas de servicio de todo el tiempo laborado. d. A la suma de \$2.580.000 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones. e. A la suma de \$4.730.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada GUANTES M Y V LTDA de las demás pretensiones elevadas por la actora MYRIAM NIÑO MANRIQUE, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en Derecho, a la sociedad demandada en la suma única de \$1.000.000, y a favor de la demandante.”

El Juez para llegar a su decisión señaló: *“...A fin de resolver este cuestionamiento en primera medida, el despacho debe recordar que el artículo 22 del CST, define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia subordinación de la segunda y mediante remuneración, a su vez el artículo 23 establece que los elementos para que se establezca un contrato de trabajo son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes y un salario como retribución del servicio, así mismo la norma indica que reunidos los citados elementos se entiende que existe un contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé u otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Por su parte el artículo 24 de la misma obra consagra una presunción legal según la cual toda prestación personal está regida por un contrato de trabajo y la consecuencia de su aplicación no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, que una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio a favor de la parte pasiva dentro de unos determinados extremos temporales y una remuneración le incumbe el presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales a que allí se derive, postura que ha sido desarrollada por la*

Sala laboral desde la sentencia con radicado SL 670 de 2013, SL 10546 de 2014, SL 10118 de 2015 y SL 1420 de 2018, entre otras. Conforme a lo anterior, considera el despacho que en primera medida se debe analizar si la parte actora cumplió con su obligación de establecer los requisitos previstos en la jurisprudencia en cita; para ello, considera el despacho que, en efecto, la prestación personal del servicio está acreditada en este juicio, pues recordemos que la parte actora y la parte pasiva en respectivos interrogatorios de parte manifestaron que en efecto, la actora, la señora Miriam Niño Manrique, prestó labores en la sociedad Guantes M y B, en la cual desarrollaba labores de costura, como lo indicó en el interrogatorio de parte la demandada, en este caso su representante legal, por ende, considera el despacho que, en efecto, la prestación personal del servicio se encuentra acreditada, máxime que en el interrogatorio efectuado la parte pasiva es decir, su representante indicó que esta labor de costura la realizó desde el inicio de la labor hasta la finalización de la misma, por ende, el primer requisito se encuentra acreditado; de igual manera, considera el despacho que en este asunto también se encuentra acreditada la prestación personal del servicio con los recibos aportados por las partes obrantes a folio 20 y siguientes del expediente inicial hasta el folio 22 y en la contestación, que si bien se tuvo por no contestada, el despacho para efectos de resolver este asunto, la tendrá en cuenta, es decir, lo relacionado con los documentos obrantes a folios 41 a folio 81, en donde se aportan una serie de planillas de las que se evidencia la prestación efectuada por la demandante, es decir, que efectivamente el primer requisito se encuentra acreditado. En cuanto al segundo requisito, es decir, los extremos de la relación laboral, considera el despacho que los mismos están probados con los siguientes elementos, en primera medida con la confesión efectuada por la parte pasiva en el interrogatorio de parte efectuado el día de hoy, al indicar de manera clara y precisa los extremos de la relación laboral y como consecuencia, el despacho de aplicación a la presunción establecida en el Código General del proceso; asimismo, los extremos están acreditados con el contrato denominado contrato de prestación de servicios obrante a folio 23 y 24 del expediente y con los recibos ya citados en la parte correspondiente a la prestación del servicio, los cuales obran a folios 20 a 22 y a folios 41 al folio 81, es decir, que en este caso está plenamente acreditado que la demandante prestó sus servicios a favor de la parte pasiva desde el 05/03/2015 y hasta el 15 de marzo del año 2019, encontrando de esta manera demostrado el segundo requisito; frente al último es decir, la remuneración encuentra el suscrito que la misma de igual manera fue acreditada por la parte actora; en primera medida con la confesión efectuada por la parte pasiva en el interrogatorio de parte efectuado en la sesión de audiencia del día de hoy, en donde indicó inicialmente que la demandante ganaba en promedio entre \$45.000 y \$50.000 diarios, asimismo, considera el despacho que la remuneración está acreditada en este juicio con el denominado contrato de prestación de servicios, en donde se indica que la demandante recibirá una suma quincenalmente por \$537.500; asimismo, considera el despacho que este valor está acreditado con los desprendibles o recibos de pago obrantes a folio 41, 81, en donde se denota el valor reconocido y pagado a la demandante durante varios periodos, por ende, considera el suscrito que una vez analizado el material probatorio se tiene que el último salario devengado por la actora correspondió a la suma definitiva de \$1.290.000. Ahora bien, dando aplicación el presente jurisprudencial citado, dado que está probada la existencia del vínculo laboral, la prestación personal del servicio, la remuneración y los extremos, observa el suscrito que en este juicio no se aportó dentro del proceso, prueba alguna que permita evidenciar que esta relación se llevó bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios o una diferente, pues recordemos que la Corte indica que esta carga corresponde a la parte pasiva, quien se le tuvo por no contestada la demanda y al proceso solo allegó eventualmente el interrogatorio de parte decretado de oficio por el suscrito, en el cual considera el despacho no existió confesión pues la parte demandante, no realizó alguna manifestación que le fuera contraria a sus intereses, es decir, no aceptó de que la relación laboral se hubiera efectuado de manera autónoma e independiente bajo sus propios términos, sin cumplir un horario y tampoco indicó la parte pasiva que la relación se hubiera efectuado utilizando herramientas de propiedad de la actora; ahora bien, el despacho debe indicar que si bien a folio 23 y 24 se aporta un denominado contrato de prestación de servicios el despacho considera que el mismo no es suficiente para

desvirtuar la subordinación y dependencia, pues la parte pasiva no demostró que la labor desempeñada por la actora con otro documento o con un testimonio se efectuara de manera esporádica, autónoma por la actora o se realizará, como indiqué, utilizando elementos propios de la demandante. Por ende, considera el despacho que en este juicio la parte pasiva no cumplió con su carga argumentativa probatoria establecida en los artículos 165 y 167 del CGP, que permitan concluir que la labor desempeñada por la demandante la señora Miriam Niño, se efectuó de manera independiente autónoma en su condición de contratista, tal y como lo pretendía evidenciar con el documento obrante a folio 23 y 24 y calendado el primero de enero del año 2017. Por ende, considera el despacho que en este juicio es viable decretar o declarar la existencia de un contrato de trabajo a término definido entre la señora Miriam Niño Manrique y Guantes M y B Ltda., el cual inició el 05/03/2015 y hasta el 15/03/2019, en el cual la demandante devengó como último salario la suma de \$1.290.000. **Asimismo, el despacho debe indicar que en este asunto no es dable declarar la existencia del vínculo laboral con la persona natural demandada en este juicio, es decir la señora María Claudia Nieto Cabrejo, pues recordemos que en este asunto la parte pasiva siempre indicó que su labor fue prestada a favor de la sociedad demandada con elementos de la sociedad demandada y que su remuneración, si bien fue pagado por la persona natural en comento, este correspondía a la labor desempeñada para la parte pasiva, es decir, la sociedad Guantes M y B; asimismo, no se solicitó en este asunto la declaratoria de solidaridad por parte de la actora, por ende, el despacho solo declara la existencia del contrato de trabajo con la sociedad demandada.** Ahora bien, una vez establecida la existencia del vínculo laboral entre los sujetos procesales, el despacho procederá analizar la procedencia de las demás pretensiones declarativas, en este caso, observa el suscrito que, en este asunto y como lo indicó la parte pasiva, al considerar que estaba vinculada con la demandante bajo un contrato de prestación de servicios, no le reconoció el valor correspondientes a intereses, cesantías, prima de servicios, vacaciones, por ende el despacho la condenará a reconocer y pagar por concepto de cesantías de todo el tiempo laborado a la suma de \$5.160.000, intereses a las cesantías junto con la respectiva sanción la suma de \$1.238.400, \$5.160.000 por prima de servicios y a la suma de \$2.580.000 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones, toda vez que el descanso remunerado no fue reconocido o concedido por la parte demandada al momento de ejecutarse la labor y una vez finalizado el vínculo laboral estas prestaciones y este descanso no fue reconocido en los términos establecidos en la ley. Ahora bien, frente a la indemnización por despido sin justa causa, debo recordar que, de vieja data, la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la carga probatoria en este tipo de pretensión se distribuye a cada uno de los sujetos procesales, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de las responsabilidades del empleador y una vez demostrado este último, es decir, el empleador debe justificar su proceder si lo hay, tal y como ha indicado la Corte en sentencias como la SL 2148 de 2018, SL 1166 de 2018, Y SL 5523 de 2016, entre otras, no sin antes advertir que no es admisible de manera posterior alegar causales o motivos diferentes; frente a ello, considera el despacho que la parte actora, en efecto, demostró el rompimiento del vínculo laboral, pues la misma parte pasiva confesó en el interrogatorio de parte que éste se terminó dado que por situaciones de carácter económico, la demandada no pudo continuar con las labores que prestaba la actora, es decir, que la justificación efectuada por la parte pasiva y el rompimiento del vínculo laboral están acreditados en este juicio; sin embargo, debemos recordar que de vieja data, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la terminación de los contratos de trabajo por temas relacionados con quiebra o alguna dificultad económica en cabeza del empleador no se puede constituir como justa causa, pues las mismas se encuentran enlistadas en el CST; asimismo, debemos recordar que la Corte ha sido reiterativa en indicar que los trabajadores son partícipes de las ganancias y no de las pérdidas del empleador, pues el efecto jurídico o la responsabilidad económica del emprendimiento de una persona jurídica no puede ser delegado o no puede ser redistribuido entre sus trabajadores, pues ello es un elemento propio del empleador, quien ha tomado la determinación de iniciar una labor o una actividad económica, por ende, considera el despacho que a la luz de la

jurisprudencia citadas y dado que en este asunto no se acreditó alguna justa causa para dar por terminado el contrato en conforme lo establece la ley, el despacho declarará que el mismo se dio por terminado sin justa causa por parte de la demandada, por ende, se condenará a la misma a reconocer y pagar la suma de \$4.730.000 por indemnización por despido sin justa causa.

Ahora bien, continuando y frente a la indemnización, moratoria de que trata los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y el artículo 65 del CST, el despacho la resolverá de manera conjunta, pues recordemos que su procedencia y conforme a la jurisprudencia establecida por la Sala Laboral en sentencias con radicado 24397 de 2005, la sentencia con radicado 11436 de 2016, la sentencia con radicado 46704 de 2016 y la sentencia, SL 1682 de 2019, entre otras, ha considerado que la indemnización citada, es decir, la del artículo 99 y del artículo 65, no son de aplicación automática; recordemos que la misma Corte ha indicado que en primera medida se debe aplicar teniendo en cuenta la buena o la mala fe del empleador, la cual no está reflejada en el menor o mayor valor de lo que debe, sino en la conducta que asume el mismo en su condición de deudor obligado, por ende, el despacho considerará si el actuar de la parte pasiva durante la ejecución de la labor a la finalización se ajustan o no a los preceptos de la buena fe, para ello considera el despacho que una vez analizado tanto el interrogatorio de parte de la demandante como de la demanda, es claro que estos sujetos procesales tenían desde el inicio la convicción de que el contrato que los ataba era un contrato de carácter de prestación de servicios, no un contrato laboral tal y como la aceptó la parte demandante en su interrogatorio de parte, al indicar que las condiciones pactadas inicialmente las aceptó de manera clara, las aceptó de manera libre, las aceptó de manera voluntaria y que no presentó ningún tipo de reclamación frente a ello; asimismo, indicó que en el año 2016 o 2017 cuando las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios, la demandante estuvo de acuerdo con este tipo de contratación, que ella no puso ningún tipo de oposición que lo realizó de manera libre y voluntaria y sin presiones. Por ende, es claro que en este asunto la parte pasiva actuó bajo el consentimiento de que se encontraba vinculada a la demandante bajo una modalidad diferente a la aquí reconocida una vez agotado el debate probatorio, por ende, considera el despacho que ante esta circunstancia y el convencimiento en el cual se encontraba la parte pasiva, es menester determinar que actuó de buena fe y por ende, no es viable condenarla al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que tratan los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y el artículo 65 del CST.

Inconforme con esta decisión la demandada interpuso recurso así:
“...Interpongo el correspondiente recurso de apelación únicamente en lo que versa el siguiente reparo: y es que en el escrito inicial de la demanda presentada por la apoderada Lizeth Pinilla niño, la parte demandada se componía por parte A y parte B, que era Guantes M y V Ltda y la señora María Claudia Nieto, que pues estaba plenamente identificada. Solamente apelo lo correspondiente a esto...”

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá el recurso de apelación, aun cuando se observa un casi inexistente argumento en contra de la sentencia y el punto que ataca; precisando que la carencia de sustento del recurso podría haber llevado a que se negará, pues a pesar de que el recurso de apelación; no tiene un técnico riguroso, si determina en virtud del principio de consonancia, los aspectos sobre los que puede resolver el Tribunal.

No obstante, y como ya se aclaró la Sala resolverá el recurso, rescatando que lo cuestionado es que solo se haya condenado a la persona jurídica demandada y no a la que la parte recurrente denomina B, esto es una persona natural que así, afirma, incluyó como demandada.

Efectivamente la Sala revisó el escrito de demanda y encuentra que cuando se enuncia a la demandada, se divide en A y B, esto es GUANTES MY V LTA Y MARIA CLAUDIA NIETO CABREJO. Posteriormente en otro ítem esto es cuando se describe el proceso ordinario de primera instancia se afirma que se demanda, a GUANTES M Y V LTDA y a la señora MARIA CLAUDIA NIETO CABREJO, a quien identifica con su documento de identidad y afirma es **la representante legal y gerente de la empresa mencionada.**

Lo primero que precisa la Sala y antes de cualquier consideración, es que también se revisó el auto que admitió la demanda, encontrando que se dispuso allí:

“(…)

SEGUNDO: Teniendo en cuenta que este Despacho observa, que la presente demanda ordinaria laboral reúne los requisitos de que trata el artículo 25 del C.P.T y S.S., ADMITASE la demanda ordinaria laboral de primera instancia, interpuesta por, MYRIAM NINO MANRIQUE en contra de GUANTES M Y V LTDA.

TERCERO: NOTIFIQUESELE PERSONALMENTE el contenido del presente auto a la demandada GUANTES M Y V LTDA A traves de su representante legal MARIA CLAUDIA NIETO CABREJO o quien haga sus veces, al momento de la notificación...”

Claro entonces resulta que así se desarrolló el proceso, que la persona natural no se demandó en estricto sentido, así se haya querido indicar así en el texto, pues ni siquiera se dijo que se demandaba en calidad de socio de la empresa; -que lo es, según consta en el certificado de existencia y representación legal; - ni tampoco porque le hubiese prestado servicios, luego una debida interpretación de esa redacción es que se demandaba a la empresa; GUANTES M Y V LTDA representada legalmente por MARIA CLAUDIA CABREJO o por quien haga sus veces y así fue como, se itera, se admitió

De manera que nunca se solicitó la responsabilidad solidaria de la persona natural demandada según lo estipulado en el artículo 36 del C S T, dada su calidad de socia de la empresa y tal y como acertadamente indicó el Juez esta la responsabilidad solidaria de los socios, **debe solicitarse, ello porque no es una de esas pretensiones que puedan fallarse en virtud de lo establecido en el artículo 50 del C P del T y de la S S; ni aun habiendo sido discutida y acreditada;** - toda vez que este artículo solo faculta al Juez a ordenar pago de **salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o**

condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezcan que son inferiores de conformidad con la Ley cuando no hayan sido pagadas.

Se itera, no se solicitó responsabilidad solidaria alguna, ni la consagrada en el capítulo III del Título I del CST; sin que sobre recordar que efectivamente dentro de las formas de solidaridad que se consagran en este título, se encuentra la del artículo 36 que dispone:

*“Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social **y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio**, y los condueños y comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.”*

En ese orden cabe recabar en la imperatividad de la norma antes transcrita, que establece una forma de solidaridad legal y protectora del trabajador; **que, aunque no depende de la demostración de la prestación personal de un servicio directamente a favor del socio de la sociedad de personas, sino de la condición de socio de sociedad de personas que responde por las obligaciones sociales; si requiere solicitud de declaración expresa lo que no sucedió en este caso.**

No sobra agregar e insistir en que la solidaridad que el artículo 36 del CST depara a los socios sólo es dable declararla previa discusión, acreditación y vencimiento en juicio de los mismos, dado que es en este ámbito en donde podrán ejercitar su derecho de defensa, **y será el juez del plenario el que ha de determinar si hay lugar o no a gravar a uno o a todos los socios con dicha carga obligacional.**

Finalmente, no sobra agregar que el hecho de que la representante legal de una empresa pague el salario de los trabajadores solo lo ubica como lo que se señaló era; gerente y representante legal de la persona jurídica, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 32 del C S T; por lo que sin más consideraciones por innecesarias se **CONFIRMA**, la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia

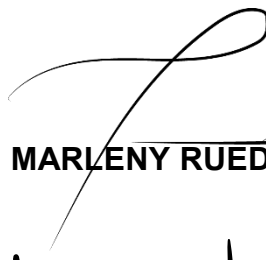
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

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

SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 19-2016-489-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS GEOVANY CRESPO ROJAS

DEMANDADO: DRUMMOND LTD COLOMBIA

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferido por el Juez 2 laboral transitorio del Circuito de Bogotá; (Juzgado de origen:19); el día catorce (14) de julio de dos mil veintidós, (2022) por medio del cual resolvió: *ABSOLVER a la demandada de las pretensiones de la demanda.*”

ALEGACIONES

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

HECHOS

El señor **CARLOS GEOVANY CRESPO ROJAS** a través de apoderado instauró demanda en contra de **DRUMMOND LTD COLOMBIA**, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que la terminación del contrato de trabajo sin justa causa alegada por la empresa es ilegal, al no configurarse la causal y al estar amparado el demandante por la estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, solicita se condene a la empresa a

reintegrar al demandante al mismo o a uno mejor que el que desempeñaba al momento del despido, al pago de las indemnizaciones por reparación integral de daños y perjuicios ocasionados, que sean demostrados dentro del proceso, al pago de los salarios y prestaciones causadas y dejadas de pagar entre la fecha del despido y la fecha en la que efectivamente se verifique el reintegro, al pago de la indemnización por despido ilegal, enunciado en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, al pago de los aportes a las entidades de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales dejados de realizar, costas y agencias en derecho y al pago de todo lo que resulte probado en uso de sus facultades extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma el demandante que: El señor CARLOS GEOVANY CRESPO ROJAS, ingresó a trabajar a la empresa DRUMMOND LTD, a partir del 19 de octubre de 2005 hasta el 17 de junio de 2015, en el cargo de WINCHER 3, que al momento de ingreso se le realizaron los exámenes médicos de ingreso los cuales mostraron que no padecía de ninguna patología de origen osteomuscular ni musculotendinosa, que estaba vinculado mediante un contrato de trabajo a término indefinido, que la jornada laboral prestada en virtud de tal contrato de trabajo era de doce (12) horas diarias, atendiendo permanente de disponibilidad, que el salario devengado era de ONCE MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$11.054.54) en promedio, que el 9 de noviembre de 2009, sufrió accidente de trabajo el cual describió, que el 26 de noviembre de 2009, se le realizó resonancia nuclear magnética de columna Lumbosacra, que el 8 de junio del año 2013, sufre nuevamente accidente de trabajo reportado por la ARL COLMENA, que el 3 de septiembre de 2015, se le realiza resonancia nuclear magnética de columna cervical, que en las labores realizada, existía riesgo ergonómico de postura crítica con movimientos forzados de columna, que el demandante, se afilió al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Minera, Petroquímica. Agro combustible y Energética, SINTRAMIENERGETICA, que la labor contratada fue ejecutada de manera personal y atendiendo las instrucciones y órdenes impartidas por los representantes de la empresa demandada, que la empresa demandada dio por terminada la relación laboral el 17 de junio de 2015, en forma unilateral y SIN JUSTA CAUSA, que no debió ser despedido, ya que presenta una limitación física y el despido sin la

autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos- (Expediente Digitalizado).

La demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda ya que la empresa se vio obligada a la terminación del contrato mediante resolución 0001 de 8 de enero de 2014 y 0300 de marzo del mismo año que ordenó la clausura definitiva del cargue de carbón, siendo así improcedente el reintegro. Aceptó el contrato y el cargo, pero señaló que el demandante no tenía restricciones laborales al momento del retiro de la empresa, que a pesar de ser cierto lo de los accidentes estos no dejaron secuelas, ni había pérdida de capacidad laboral. Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y/o por indebida acumulación de pretensiones, cobro de lo no debido, improcedencia del reintegro, pago, compensación y genérica. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia la juez 2 del circuito transitorio tomó la decisión que hoy estudia la Sala afirmando en síntesis lo siguiente: “ *...Indica que la norma vigente y aplicable es el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 modificado por el artículo 37 del Decreto 019 del 2012., lo cual fue establecido por la Corte Constitucional. Que existe la sentencia C 631 del 2000 en la que se realizó una interpretación de la anterior normatividad estableciendo su alcance e indicando que sólo en el escenario en que se demuestre que la causa del despido se da en atención de la condición de discapacidad plenamente demostrada la terminación de la relación laboral se traduce en una vulneración efectiva del derecho a la estabilidad laboral dispuesta en el art. 53 CP. Que se debe traer a colación la sentencia SL 1708-2021 CSJ en donde se indicó que para ser destinatario de la estabilidad laboral reforzada los trabajadores deben tener una condición de discapacidad o limitación en grado moderado severo o profundo sin que se requiera que la misma este previamente calificada, sino que debe padecer una discapacidad en un grado significativo debidamente conocido por el empleador, teniendo en cuenta que por regla general existe libertad probatoria. Señala que en la sentencia SL 4632-2021 se estableció que para que proceda la protección se necesita que para el momento del despido el trabajador se encuentre en una situación de discapacidad o de PCL en un grado significativo; razón por lo cual el beneficio no opera para quienes tengan simples quebrantos de salud o incapacidades médicas, por lo que se puede resaltar que para la Corte no cualquier padecimiento significa que se puede aplicar la garantía otorgada por el legislador en los casos de estabilidad laboral reforzada. Que en el presente caso se encuentra probado con las documentales allegadas entre las que se encuentra el dictamen de PCL la cual se estructuró tiempo después de la terminación del contrato de trabajo; que al revisar la historia clínica y el examen de egreso no se evidencia ninguna afectación significativa en el estado de salud del demandante que le impidiera realizar alguna actividad laboral, máxime porque al terminar la relación laboral se encontraba desempeñando la labor sin ningún problema así como lo relato en el interrogatorio de parte. Que de las pruebas allegadas por el demandante no se evidencia prueba alguna que de cuenta que a la fecha de la finalización*

tuviera ni recomendaciones, ni incapacidades vigentes que no le permitieran desarrollar las funciones para las que fue contratado. Que el demandante confesó que no tenía ninguna restricción médica, ni estaba en procedimiento de PCL, por lo que se puede concluir que el demandante no acreditó su condición de discapacidad y se debe absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda....”

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpuso recurso así : *“..Indica que la decisión de primera instancia desconoce de manera abierta las circunstancias particulares que protegían al trabajador relacionadas con su salud y estabilidad laboral reforzada las cuales tenía pleno conocimiento la empresa, tal y como se demostró en el trámite procesal, pues fueron consecuencia de un accidente de trabajo y exposición a unos factores de riesgos, los cuales aún padece, así como el omitir la empresa con ello todas sus obligaciones legales, situaciones que también se pudieron evidenciar con la copia de la historia clínica aportada, por lo anteriormente expuesto me permito señalar y reiterar lo ya dicho en alegaciones y solicito se revise por los Honorables Magistrados ya que no existió un análisis de contexto en los términos ordenados por la H.Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional a la hora de evaluar los despidos de los trabajadores que se encuentran en situaciones especiales y/o similares a las del demandante por lo que solicita a los H. Magistrados se sirvan revisar. En el anterior sentido, solicita se revisen los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2586-2020 puesto que la terminación del contrato de trabajo a término debe corresponder a una dosis mínima de racionalidad y objetividad precedida de motivos creíbles y objetivos que descarten sesgos discriminatorios porque de lo contrario procede el reintegro; que el empleador debe demostrar que ello es así aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión debe demostrar que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato. Que el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término indefinido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada, pues si bien es cierto existía una orden de cierre del puerto donde laboraba el demandante, ello no es óbice para no reconocerle una reubicación más en una empresa como la que aquí se demanda, dada la protección especial con la que contaba el demandante y de ser esto imposible como lo indicó la empresa demandada debía acudir como la norma lo ordena a Mintrabajo para que autorizara la decisión de despido sin justa causa, pues pese a que en su momento no se encontraba calificado con una pérdida de capacidad laboral conviene indicar que en la anterior sentencia la estabilidad laboral reforzada cubre a todo aquel que presente una situación grave o relevante de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores, por tanto esta protección especial no se puede limitar a quienes han sido calificados con una PCL moderada, severa o profunda o cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, así también indica la Alta Corporación en sentencia T-141 del 2019 quienes pueden considerarse como sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta por motivos de salud al respecto esta Corporación ha establecido que 1) un trabajador que pueda catalogarse como persona con discapacidad, 2) disminución física, psíquica o sensorial en un grado relevante y 3) en general todos aquellos que tengan a) una afectación grave en su salud, b) esas circunstancias les impidan o dificulten sustancialmente el desempeño de sus labores y c) se tema que en esas condiciones particulares pueden ser discriminados por ese solo hecho se*

está en circunstancias de estabilidad manifiesta y por ende tiene derecho a la estabilidad reforzada. Que en gracia de discusión si bien la fecha de estructuración que se plantea en el dictamen de PCL es posterior al despido del trabajador precisamente por esa razón se pide como lo ha dicho la jurisprudencia se realice un análisis de contexto, pues la demora en realizar el examen o evaluación fue también una consecuencia de la decisión unilateral de la empresa de despedir al trabajador y truncar en su momento la calificación pero los exámenes y demás documentales tenidos en cuenta son con relación a la época en que existía el vínculo laboral, por lo que solicita se revoque la decisión y se concedan las pretensiones de la demanda...”

CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiará el recurso, advirtiéndole desde ya que confirmará la sentencia apelada Veamos las razones.

Ha sido la CSJ, en su labor de unificación de la jurisprudencia la encargada de estudiar el tema de la estabilidad laboral reforzada, siendo su último pronunciamiento la sentencia la **SL1154 RAD 93093 DE MAYO 10 DE 2023 MP MARJORIE ZUÑIGA ROMERO**, la más reciente.

En esa providencia la Corte señaló en relación con el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad lo siguiente:

“(…)

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- (i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
- (ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

- a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*
- b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.*
- c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.*

Al respecto, debe destacarse que, en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

“(…)

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

“(…)

Y reitera:

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“(…)

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con

barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características....”

Claro entonces resulta, que si bien la Corte aclara que la discapacidad no depende de un factor numérico, destacando que los porcentajes que se utilizaban para la identificación de la discapacidad; previstos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 solo son compatibles para casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo y el 7 de febrero de 2013 para las de mediano y largo plazo conforme a la Ley estatutaria 1618 de ese año: **también lo es que definitivamente y así lo expresa; no puede confundirse la discapacidad con contingencias momentáneas de salud o patologías temporales.**

Esta Sala lo ha venido expresando antes de este pronunciamiento que como bien dice la Corte se hace en su función de unificación de la jurisprudencia; que no desconoce que la Corte Constitucional; también se se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP); pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento, o con un posible diagnóstico, se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente.**

Y decimos como en este caso; pues si bien es cierto está acreditado, con las historias médicas aportadas, que el demandante sufría de algunas patologías en el momento del despido; (2015); estas, ni siquiera generaron incapacidades o deficiencias que impidieran la labor, siendo claro que la pérdida de capacidad laboral que luego fue declarada, (En 2017) resulta irrelevante. Obsérvese que los exámenes realizados el 15 de julio de 2013 y el 24 de junio de 2015, solo daban cuenta de diagnósticos tales como: obesidad grado I, hernia umbilical pequeña cadleve a mod en fcas-8khz, hipermetropía más presbicia,

hipercolesterolema leve, lo cual daba lugar a recomendaciones tales como dieta balanceada, ejercicios dinámicos e higiene postural y uso de los elementos de protección personal.

No desconoce la Sala que la ARL Colmena, reportó en 2009 un accidente de trabajo y que ello dio lugar a restricciones tales como no levantar cargas superiores a 10 Kg y evitar actividades de fuerza, así como movimientos de flexo extensión, lo que no impidió que desde esa fecha y hasta 2015, año en que terminó el contrato, prestara servicios a la demandada, tal y como confesó el demandante, en interrogatorio de parte, cuando aceptó que a la finalización del vínculo no tenía restricciones médicas.

En consecuencia y como bien aclaró la CSJ no toda patología da lugar a la estabilidad laboral reforzada, luego claro también resulta que, al no existir tal estabilidad, al no existir la protección, que consagra la Ley 361 de 1997, no hay lugar a las pretensiones en ella apoyadas.

Finalmente conviene destacar que, aunque la demandada aportó y aparecen en el expediente las resoluciones de la autoridad nacional de licencias ambientales que afirma los obligó al cierre del sistema de cargue de carbón por barcazas; la terminación del contrato fue sin justa causa mediante el pago de indemnización, facultad legal; que al no existir estabilidad; no impone obligación de obtener autorización como señala el recurrente, ni menos aún reubicación en otra dependencia, y que si bien es cierto la sentencia al que recurre el recurrente, pudo extender el análisis de la estabilidad, a **todo aquel que tenga una situación grave de salud que le impida desempeñar su labor; claro y demostrado quedó que en este caso; eso no sucedió, luego irrelevante se itera, resulta referirse a la pérdida de capacidad laboral, como ya también se aclaró; por lo que se CONFIRMA** la decisión de primera instancia que llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes por lo expuesto en esta providencia.

Sin costas en la instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 18-2018-00131-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ANÍBAL RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO: AFP PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte la AFP Porvenir y BBVA Seguros de Vida Colombia, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de octubre del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor ANÍBAL RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que le asiste derecho a que se le reconozca y pague una pensión de invalidez de origen común; que se ORDENE a la AFP PORVENIR que requiera a la empresa J&L DISTRIBUCIONES LTDA para que realice la incorporación de



los aportes en su historia laboral de los ciclos de diciembre de 1999 a septiembre del 2002, sin perjuicio de la obligación que tiene de realizar el cobro coactivo de aportes en mora. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP PORVENIR a reconocer y pagar al actor la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración – 30 de octubre del 2001-, la cual debe ser reajustada anualmente y pagarse junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que nació el 30 de mayo de 1966; que le fue dictaminada una PCL del 86% de origen común con fecha de estructuración del 30 de octubre del 2001; que se afilió a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el 28 de julio de 1995; que solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez sin obtener una respuesta favorable, pues la AFP le manifestó que no acreditaba las 50 semanas exigidas en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez; que estuvo vinculado con la empresa J&L DISTRIBUCIONES LTDA desde diciembre de 1999 hasta septiembre del 2002; que su empleador lo afilió a la AFP PORVENIR; que su empleador omitió realizar el pago de aportes a pensión; que con la certificación expedida por la EPS SALUDCOOP se prueban los extremos de la relación laboral con su empleador J&L DISTRIBUCIONES LTDA pues en ella se relacionan los pagos que su empleador hizo a salud; que los períodos no cotizados están comprendidos entre diciembre de 1999 y septiembre del 2002 los cuales equivalen a 145.86 semanas; que su empleador adeuda el pago de aportes a pensión; que cuenta con las semanas exigidas para acceder a una pensión de invalidez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **AFP Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 2, 4, 5, 6, 9 y 19; negó el 3, 11 y 18; dijo que el 16 y 17 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa para



pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Mediante auto del 28 de agosto del 2019 se admitió el llamamiento en garantía propuesto por la AFP Porvenir en contra de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A..

Al contestar la demanda, la llamada en garantía **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, respecto de los hechos de la demanda aceptó el 1; negó el 11 y, manifestó no constarle los demás. Respecto de los hechos del llamamiento aceptó el 1, negó el 2 y dijo que el 3 no era un hecho. Propuso las excepciones de mérito que denominó operación del régimen del RAIS, inexistencia de la obligación en cabeza de la aseguradora, fraude a la ley – obligación del empleador, prescripción, improcedencia de la condena a lo accesorio y otras excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la sociedad demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, al reconocimiento y pago de la pensión por invalidez en forma definitiva a favor del señor **ANÍBAL RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ** identificado con la C.C. 79.047.893 a partir del **31 de octubre del 2001**, en los términos del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, en una suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente por catorce mesadas pensionales al año.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de PRESCRIPCIÓN sobre mesadas pensionales generadas con anterioridad **4 de agosto de 2012**, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

TERCERO: AUTORIZAR a la **AFP PORVENIR S.A.**, a descontar de los montos de la mesada pensional del demandante lo correspondiente a los aportes al sistema general de seguridad social en salud los cuales operan de pleno derecho.

CUARTO: CONDENAR a la Compañía de **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, a financiar la pensión de invalidez del demandante **ANÍBAL RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**, bajo los parámetros del artículo 70 de la Ley 100 de 1993 bajo la figura del seguro previsional de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.



QUINTO: CONDENAR a la demandada **AFP PORVENIR S.A.** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y de acuerdo a la parte motiva de este proveído.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR en **COSTAS** a las demandadas señálese como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 valor que deberá ser pagada por cada de las demandadas a favor del demandante...”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no fue objeto de discusión el estado de invalidez del demandante quien tiene una PCL del 86% con fecha de estructuración del 30 de octubre del 2001 y, que el origen de su enfermedad es común. Que la norma aplicable es la vigente a la fecha en que se estructuró la invalidez, es decir, la Ley 100 en su redacción original, la cual exige 26 semanas si estaba cotizando y, en caso de no estar cotizando esas 26 semanas debían demostrarse en el año inmediatamente anterior. Que al revisar la historia laboral del demandante se evidencia una única cotización para el ciclo de mayo del 2000 por lo que en un principio podría indicarse que no cumple con las semanas exigidas. No obstante, dice que si bien el empleador afilió y pasó la novedad de retiro para el ciclo de mayo del 2000 no está de acuerdo con que la AFP PORVENIR no hubiera podido realizar el cobro coactivo frente a las cotizaciones que se adeudaban, pues los periodos laborados por el demandante con la empresa J&L DISTRIBUCIONES LTDA se encuentran de la siguiente manera, primero, el reporte de afiliados compensados del Ministerio de la Protección Social, donde se verifica los periodos compensados por el demandante cotizante a la EPS SALUDCOOP desde el mes de julio de 2000 hasta septiembre de 2002, en la que se advierte que el demandante cotizó bajo el empleador J&L DISTRIBUCIONES LTDA para los periodos del mes de diciembre 1999 hasta septiembre del 2012; por lo que se encuentra probada la relación laboral con J&L DISTRIBUCIONES LTDA, pues este empleador fue quien cubrió los aportes en salud del demandante. Que por ende no se puede trasladar la carga al afiliado y la AFP PORVENIR debía realizar los cobros correspondientes de acuerdo con las facultades otorgadas por la Ley 100 de 1993. Por tanto, habilita las semanas (145.86 semanas) y, señala que con ellas el demandante cumple los requisitos para acceder a una pensión de invalidez a partir de la fecha en que se estructuró su invalidez. Condena a



la AFP PROVENIR a pagarle al actor una pensión de invalidez en cuantía de un SMMLV. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 05 de agosto del 2012. Condena al pago de intereses moratorios desde el reconocimiento de su pensión de invalidez y hasta la fecha en que sea efectivamente incluido en nómina de pensionados. Señala que BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. es solidaria de la condena aquí impuesta bajo los preceptos del artículo 70 de la Ley 100 de 1993 el cual señala que estará a cargo de la aseguradora la suma adicional que hiciere falta para financiar la pensión de invalidez, lo cual se garantiza mediante la contratación de un seguro previsional. Indica que la aseguradora debe responder porque se probó que el demandante se encontraba afiliado a la AFP Porvenir. Que si bien la aseguradora allega las pólizas suscritas e indica que su obligación es cubrir las contingencias de los afiliados a la AFP Porvenir y que el demandante había sido retirado de Porvenir por su empleador por lo que no contaba con cobertura, considera que tal argumento no es acertado en la medida que existía una mora por parte del empleadora y Porvenir no se allanó a cobrarla. Condena a la aseguradora a disponer del seguro previsional para cubrir la pensión del demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpone recurso de apelación argumentando que desde que se presentó la reclamación por parte del demandante, la entidad fue muy clara al señalarle que la negaba porque no se cumplían los requisitos exigidos para acceder a una pensión de invalidez, pues su empleador J&L DISTRIBUCIONES LTDA lo afilió en abril del 2000 y pasó la novedad de retiro en mayo del 2000, por lo que no tenía conocimiento de la relación laboral que existía entre ellos y por ende, no le era dable realizar las acciones de cobro. Que la pensión se reconoció por parte del fallador de primera instancia indicando que se encontraban ante una conducta omisiva de la AFP pero en caso de haberse realizado los cobros de todas formas estos aportes serían extemporáneos pues serían realizados con posterioridad al evento. Que en este caso no hubo una negligencia por parte de la administradora pues el empleador había pasado la novedad de retiro, por lo



que era imposible física y jurídicamente poder realizar acciones de cobro. Que en dado caso el responsable del pago de la pensión de invalidez sería el empleador quien no afilió a su trabajador incumpliendo con sus deberes legales. Solicita se revoque la decisión de primera instancia en su integridad.

Por su parte, la **aseguradora llamada en garantía** interpuso recurso de apelación argumentando que el fallador de primera instancia le dio valor probatorio a la afiliación que hizo el empleador J&L DISTRIBUCIONES LTDA del demandante, pero no le dio ningún valor al documento que remitió a la AFP para informar la novedad de retiro de su trabajador, siendo que provenían del mismo empleador y simplemente omitió dicho documento. Que ese documento en el cual se pone de presente la novedad de retiro es de vital importancia porque con él a la administradora de fondos de pensiones simplemente se le impedía conocer que subsistía la relación laboral con el demandante, pues fue informada por el empleador de que ya no existía dicha relación laboral. Que con base en dicha información se procedió a retirar de la póliza del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia al actor, porque precisamente ya no se encontraba vinculado laboralmente de acuerdo con la información que disponía para ese momento la AFP. Que el fallador de primera instancia señala que la AFP podía haber indagado en otros sistemas si subsistía la relación laboral, pero esta obligación no existe en la ley, pues las administradoras de pensiones tienen la obligación de proceder al cobro de los aportes en mora, pero una vez se termina la relación laboral y se pasa la novedad de retiro no se genera una mora. Que dicha aseguradora dio de baja al demandante y nunca recibió las primas correspondientes para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Indica que cuando se realizan pagos extemporáneos ni siquiera podía tener conocimiento pues ahora la aseguradora es Seguros Alfa S.A. Que en este caso en que no había afiliación la obligación deja de estar en cabeza de la administradora de pensiones y la aseguradora y debe ser asumida por el empleador. No pudiendo tenerse en cuenta pagos extemporáneos después de ocurrido el siniestro. Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia.



CONSIDERACIONES

En este asunto, no existió discusión respecto que mediante Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral N° 201500274WW del 24 de abril del 2015 Seguros Alfa S.A. calificó al señor **Aníbal Rodríguez Hernández** determinando que tenía una PCL del 86% con fecha de estructuración del 30 de octubre del 2001 de origen común. (Ver Expediente digital)

El problema jurídico que centra la atención de la Sala consiste en establecer si el actor cumple con las semanas exigidas para ser beneficiario de la pensión de invalidez que reclama, para lo cual se debe determinar si en efecto es posible habilitar unas semanas de su historia laboral, las cuales considera el fallador de primera instancia que están en mora o si por el contrario no podemos hablar de semanas en mora por existir una novedad de retiro como lo alega tanto la administradora de pensiones como la aseguradora.

Ahora, es así como acreditado el porcentaje de PCL y que excede el 50%, en cuanto al requisito de cotización, ha sido pacífico el criterio emitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la sentencia SL2504-2023, que indica que **la normatividad aplicable para estudiar la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de dicho estado** y que para el caso de autos se reitera **lo fue el 30 de octubre del 2001**, es decir que la pensión debe estudiarse con los presupuestos de la Ley 100 de 1993 en su redacción original que requiere a) que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse la invalidez o b) que habiendo dejado de cotizar al sistema hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Al revisar las pruebas allegadas por la AFP Porvenir se evidencia que ni siquiera allegó la historia laboral del accionante, por lo que nos remitimos a la aportada por el actor con su demanda en la cual aparece como último ciclo cotizado mayo del 2000 bajo el empleador J&L DISTRIBUCIONES LTDA, sin que en dicha historia laboral se evidencia ninguna novedad de retiro.



Fondo de Pensiones Obligatorias
Porvenir

Nit. 800.224.808-8.

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones
y Cesantías Porvenir S.A. Nit 800-144-331-3



Tipo Documento: CC No. Documento: 79047893 No. Cuenta: 1076582
Nombres: ANIBAL RODRIGUEZ HERNANDEZ

HISTORIA LABORAL CONSOLIDADA REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

Apreciado afiliado(a)
Para su conocimiento, le estamos entregando el detalle de los periodos que usted ha cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Si usted tiene Bono Pensional en trámite, le adjuntamos el detalle de la historia laboral oficial que hace referencia al tiempo cotizado en el Régimen de Prima Media (ISS). Tenga en cuenta que este documento no es válido para reclamación de Pensión. La Historia Laboral para Pensión será verificada y oficializada cuando usted radique su reclamación de Pensión.

TOTALES GENERALES DE DÍAS Y SEMANAS DE HISTORIA LABORAL

Número de días Régimen de Prima Media	Número de días Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad	Total días Cotizados	Total Semanas Cotizadas
853	142	995	142

DETALLES DE PERIODOS COTIZADOS DE LA HISTORIA LABORAL

Razon social empleador cotizante	Nombre Administradora	Periodo Cotizado	Salario Base	Valor de cotización
DISTRIBUCIONES SOCIALMUR LIMITADA	COLPENSIONES	1997/05	175,000	17,500
DISTRIBUCIONES SOCIALMUR LIMITADA	COLPENSIONES	1997/06	175,000	17,500
DISTRIBUCIONES SOCIALMUR LIMITADA	COLPENSIONES	1997/07	175,000	17,482
COMESTIBLES RICOS LTDA	COLPENSIONES	1998/07	190,316	19,040
COMESTIBLES RICOS LTDA	COLPENSIONES	1998/08	27,896	2,789
J & L DISTRIBUCIONES LTDA	PORVENIR	2000/05	260,100	26,000

Ahora, señala la AFP que el empleador J&L DISTRIBUCIONES LTDA pasó la novedad de retiro de su trabajador ANÍBAL RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ para el ciclo de mayo del 2000, para lo cual anexa el siguiente pantallazo, con el cual no es posible establecer si efectivamente el empleador pasó la novedad de retiro o no, como quiera que no se sabe a qué página corresponde dicha consulta, no aparece en ningún lado quien presenta la novedad de retiro y, además aparece creada dicha observación el 18 de septiembre del 2012, es decir, con posterioridad a la estructuración de la invalidez del accionante. No existiendo ninguna otra prueba que permita inferir que efectivamente el empleador J&L DISTRIBUCIONES LTDA efectivamente haya comunicado a la AFP la novedad de retiro del accionante.

25/7/2019

79047893.PNG

Consulta de actividades de cuenta

Parámetros de consulta

Clase: LEGAL Estado: APLICADA

Ordenar

Datos de la cuenta

Cuenta	Folio	Tipo	Identificación	Primer apellido	Segundo apellido	Primer nombre	Segundo nombre	Estado afiliado	Sub-estado afiliado	Fecha nacimiento	Fecha retiro	Sexo
1076582	7515500	CC	79,047,893	RODRIGUEZ	HERNANDEZ	ANIBAL		VIGENTE	INICIAL	1969/05/30	2001/10/09	N

Tipo de operación: Número de caso:

Realizar Ejecutar

Datos de las novedades de cuenta

Indicador	Clase	Tipo	Estado	Verificado	Número de cuenta	Secuencia	RNT	Razón social	Días	Fecha creación	Log
☐	LEGAL	ING	APLICADA	200004	0	830,060,349				2008/12/06	Ver
☐	LEGAL	RET	APLICADA	200005	0	830,060,349				2012/09/18	Ver



Y si bien es cierto, que la AFP no tendría por qué estar revisando otros sistemas para determinar si existía o no una relación laboral en el caso de que efectivamente un empleador comunique una novedad de retiro, lo cierto es, que en este caso no aparece que exista dicha novedad y si en gracia de discusión se aceptara el anterior pantallazo allí aparece creada la novedad en el año 2012, por lo que la AFP desde el año 2000 hasta el 2012 si tenía la obligación de realizar el cobro de aportes al empleador J&L DISTRIBUCIONES LTDA pues hasta ese momento se trataba de aportes en mora, lo cual no probó haber realizado.

Por tanto, es claro que en este caso en particular, nos encontramos frente a la hipótesis de **aportes en mora**, la cual ha sido ampliamente desarrollada por la CSJ entre otras en la sentencia SL 1618-2023 en la que señaló que surge cuando el patrono afilió al trabajador a la administradora, lo cual se prueba con el formulario de afiliación suscrito el 28 de septiembre de 1998, y como en este caso se dejan de cancelar las cotizaciones, por tanto, ante la omisión del fondo de adelantar las gestiones para el cobro de dichos aportes en mora se ha impuesto a la administradora de pensiones la obligación de asumir el pago de las acreencias derivadas de los riesgos.

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia al habilitar las semanas en mora de los ciclos de junio del 2000 a septiembre del 2002 como quiera que además se encuentra probada la existencia de una prestación de servicios en esos ciclos por parte del actor para el empleador J&L DISTRIBUCIONES LTDA como quiera que dicho empleador le efectuó sus aportes a salud a través de la EPS SALUDCOOP conforme se evidencia en la certificación expedida por la EPS.

Por tanto, al habilitar los ciclos en mora es claro que al momento en que se estructuró la invalidez, el actor se encontraba cotizando y contaba con 26 semanas, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama; razón por la cual se confirmara este punto de apelación.



Finalmente, sobre las condenas impuestas a la llamada en garantía, conviene resaltar como lo indicó la CSJ en la sentencia SL 1318-2021 *“que la contratación del seguro previsional en el régimen de ahorro individual, es obligatoria, en la medida en que los aportes realizados y sus rendimientos pueden resultar insuficientes para financiar la prestación (Art. 77 Ley 100 de 1993), de suerte que le asiste a la aseguradora, en condición de garante, proveer el faltante, por tratarse de una cobertura automática”*.

Adicionalmente, en la sentencia SL 929-2018 dijo *“Así las cosas, resulta claro que tan cobertura es automática, pues si se condena a la AFP al pago de la prestación periódica, a la Aseguradora, por ministerio de la ley, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes”*.

Como en el presente caso se condenó al reconocimiento de una pensión de invalidez por parte de la AFP Porvenir, se activó la cobertura automática de la garante. Ahora, en cuanto a los conflictos que se generen entre el fondo de pensiones y la aseguradora frente a las pólizas que se contrataron no son del conocimiento del juez laboral. Virtud de lo dicho se confirmara la decisión proferida en primera instancia en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

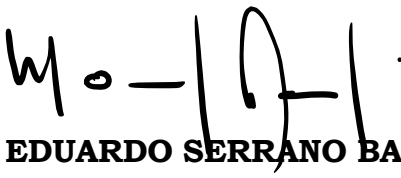
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.



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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 14-2019-129-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: RAFAEL FERNANDO SANTAFÉ
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 26 de octubre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor RAFAEL SANTAFÉ CHAUSTRE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que

Colpensiones debe tener en cuenta las cotizaciones no efectuadas por sus empleadores al no ejercer cobro coactivo por los periodos comprendidos entre el 2 de agosto de 1993 al 12 de agosto del mismo año, del 1 de mayo de 1998 al 30 de septiembre de 1999, del 8 de agosto al 30 de agosto del año 2000, que corresponden a 77,71 semanas, que más las reportadas en su historia laboral, ascienden a 1103 semanas, que se ordene a la demandada a reliquidar su pensión con una tasa de reemplazo correspondiente al 81%, conforme los preceptos del Decreto 758 de 1990; como consecuencia de tal declaración peticiona se condene a la pasiva a reliquidar la pensión a partir del 16 de noviembre de 2014 al 30 de febrero de 2019, junto con indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que cuenta con 64 años de edad, que inició a cotizar al sistema pensional desde el 20 de marzo de 1979 y al 30 de noviembre de 2004, que mediante resolución GNR 22318 del 1 de enero de 2015, la demandada le reconoció pensión de vejez con fundamento en el régimen de transición aplicando al IBL hallado una tasa de reemplazo del 75%, teniendo en cuenta para el efecto un total de 1007 semanas, que solicitó el 2015 a la demandada reliquidación pensional y a través de resolución GNR 388893 de 2015, se le reliquidó la prestación teniendo en cuenta 1011 semanas cotizadas, contra dicha decisión interpuso los recursos de ley, siendo finalmente confirmada, que nuevamente elevó petición de reliquidación el 15 de noviembre de 2016, la demanda emite resolución GNR 380379, la que es objeto de los recursos de Ley, siendo también confirmada.

Afirma que la demandada en oficio de junio de 2018, le indica que adelantará acciones de cobro respecto de 3 empleadores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 2, 6 a 16 y negó los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de intereses moratorios, prescripción y principio de buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que al señor Rafael Fernando Santafé Chaustre le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida con fundamento en lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con una tasa de remplazo del 81%, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA, PARCIALMENTE, la excepción de inexistencia del derecho reclamado, respecto de los empleadores Círculo de Viajes Universales y Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria de conformidad con lo ya señalado, y no probadas las demás excepciones formuladas, conforme a lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR que el valor de la mesada pensional en favor del accionante para el año 2014 debió ascender a la suma de \$4.719.498,21, y que dicho valor debe ser incrementado cada anualidad como lo establezca el Gobierno Nacional, de conformidad con lo expuesto.

CUARTO: DECLARAR que al señor Rafael Fernando Santafé Chaustre le asiste derecho al reconocimiento y pago del valor del retroactivo pensional por concepto de diferencias pensionales entre el valor reconocido en esta sentencia y el valor reconocido por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones en la suma de \$43.533.132,14. conforme a lo expuesto.

QUINTO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar en favor del señor Rafael Fernando Santafé Chaustre, el valor correspondiente al retroactivo pensional por concepto de diferencias pensionales entre el valor reconocido en esta sentencia y el valor reconocido por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones en la suma que ya se indicó de \$43.533.132,14 conforme a lo expuesto. Suma que deberá ser indexada de conformidad con las consideraciones expuestas. Autorizando a la demandada, Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que de dicho monto realice los descuentos respectivos, con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Como fundamento de su decisión, señaló el juez de conocimiento que la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones era obligatoria a través de su empleador, quien debía asumir el pago de cotizaciones, como lo disponían los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, que las consecuencias jurídicas eran distintas entre las figuras de omisión en el pago de cotizaciones y falta de afiliación, debiendo aparecer acreditada esta última para trasladar la omisión en el no pago de cotizaciones a cargo de la administradora pensional, dependiendo de si este había o no adelantado las gestiones necesarias para recaudar el pago de dichas cotizaciones y así lo había

reiterado la Sala Laboral de la CSJ, situación diferente se presentaba ante la omisión del empleador de la afiliación al sistema al trabajador, omisión que se resarcía con el pago de cálculo actuarial por parte del empleador.

Indicó que frente a los aportes en mora, reiterada jurisprudencia había indicado la obligación que imponía la Ley a las administradoras pensionales de efectuar su cobro al empleador moroso, por administrar los recursos pensionales de sus afiliados y prestar un servicio público esencial, no pudiendo trasladar las consecuencias frente a la falta de pago de aportes al afiliado, de no adelantar dichas acciones de manera oportuna, será la obligada al reconocimiento de la prestación por su inactividad; que la parte demandante indicaba que 3 de sus empleadores, no habían efectuado pago de aportes al sistema pensional y en lo referente a Circulo de Viajes Universal, se deprecaban aportes entre el 2 al 12 de agosto de 1993, para el efecto, se aportaba certificación laboral expedida por dicha sociedad en el año 2017, en la que se señalaba que el demandante había laborado para esta entre el 2 agosto de 1993 al 30 noviembre 1995, sin embargo, revisado el expediente, no se contaba con documental que permitiera corroborar que al momento de la vinculación laboral del demandante, se hubiera afiliado al sistema pensional como trabajador de la misma, contrario a ello, del expediente administrativo aportado por la demandada, se evidenciaba que el actor contó con novedad de ingreso al ISS, solamente a partir del 13 de agosto de 1993, posterior a dicha data sí se evidencias los aportes efectuados por dicha sociedad a través del demandante, en tal sentido, no era válido endilgar a la demandada responsabilidad alguna por los aportes de dicho interregno temporal al no existir afiliación en ese periodo.

Respecto del empleador Capitalizadora Gran Colombiana, se solicitaba inclusión de aportes entre el 1 mayo de 1998 al 30 de septiembre de 1999, debiéndose señalar que no reposaba documental alguna que acreditara durante qué interregno temporal el actor había laborado a favor de dicha sociedad, sin embargo a folio 59 obraba copia de formulario de afiliación del actor a través de la misma al ISS a partir del 14 de febrero de 1997 y conforme historial de cotizaciones por empleador expedido por la demandada, se observaba que los ciclos de mayo de 1998 a septiembre de 1999, sí fueron relacionados con la observación *su empleador presenta deuda por no pago*, lo que significaba que la demandada sí tenía en cuenta tales periodos, acepto la

afiliación del demandante al sistema, pero no tuvo en cuenta tales periodos por falta de pago, resaltándose que en respuesta a requerimiento efectuado por el demandante a la demandada, esta le señaló que tales periodos se encontraban pendientes al procederse con las acciones de cobro de los periodos entre mayo de 1998 a septiembre de 1999; por ello, Colpensiones había aceptado la falta de pago de aportes por parte del empleador en mención por los periodos en comento y pese a que afirmó adelantar las acciones de recobro, no aportó al proceso de haber o estar ejecutando el cobro de dichos periodos, entonces, al no demostrarse el adelantamiento de las acciones de cobro se debían tener en cuenta como cotizados dichos periodos.

En cuanto al empleador Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria, se reclamaban los periodos del 8 al 20 de agosto del año 2000, para el efecto había aportado certificación laboral expedida por el empleador en mención que señalaba que había laborado a favor de dicha sociedad desde el 8 de agosto de 2000 al 13 de marzo de 2001 y en expediente administrativo obraba formulario de afiliación del actor a través de ese empleador, cuyo contenido si bien no era totalmente legible, sí permitía concluir que este había sido afiliado por intermedio de dicho empleador desde el 29 de agosto del año 2000, por ello, dicha afiliación se había realizado de forma tardía atendiendo al contenido de la certificación laboral aportada y lo manifestado por el mismo actor, por ello, tal omisión no eran endilgable a la demandada, pues al no estar afiliado el actor, no podía ejecutar acción de cobro alguna.

Por lo anterior señaló que el periodo a tener en cuenta como efectivamente cotizado, ascendía a 72,71 semanas, debiéndose por ello modificar la tasa de reemplazo ya que el IBL tenido en cuenta por la pasiva, no había sido objeto de reproche; en tal sentido, revisado el reporte de semanas cotizadas, se establecía que el demandante contaba con un total de 1028 semanas cotizadas y sumadas las reconocidas, arrojaba un total de 1101,57 semanas y conforme el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, norma que sirvió de sustento para el reconocimiento pensional del demandante, para el total de semanas acumuladas, le correspondía una tasa de reemplazo del 81%; y como IBL el tenido en cuenta por la demandada para el 2014, que ascendió a \$5.826.541, arrojando como mesada pensional para dicha anualidad la suma de \$4.719.498,21, aplicando la tasa de reemplazo del 81%.

Refirió que frente al cálculo de retroactivo, se debía referir a la excepción de prescripción, indicó que el reconocimiento pensional al actor, había operado a partir del 16 de noviembre 2014 y el demandante había interrumpido el fenómeno prescriptivo con la reclamación presentada el 4 de agosto de 2015, la cual había sido resuelta por acto administrativo que fuera recurrido, siendo confirmada en el 2016, por ello el término iniciaba a contabilizar nuevamente y el actor contaba hasta el 29 de marzo de 2019, la acción judicial fue interpuesta en febrero de ese mismo año, no encontrándose afectada la acción por dicho fenómeno.

Que la suma por concepto de retroactivo de diferencias pensionales con corte al 30 de septiembre de 2022 y desde el 16 de noviembre de 2014, por 13 mesadas pensionales, daba como resultado \$43.533.132,14, estando Colpensiones facultada por ministerio de la Ley para descontar los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud; y dicha suma se debía pagar de manera indexada para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que se debía tener en cuenta el tiempo laborado entre el 2 al 12 de agosto de 1993, al haberse probado la vinculación laboral alegada y certificada por Circulo de Viajes, aunado a ello, en la historia laboral, se evidencia que el empleado sí estuvo vinculado al sistema pensional a través de dicha sociedad.

Lo propio ocurría respecto del periodo comprendido entre el 8 al 30 agosto de 2000, el empleador de la época, había certificado la relación laboral vigente para esa época y así también se podía ver en la historia laboral, y la Sala Laboral de la CSJ había indicado que a la entidad de seguridad social le correspondía ejecutar el deber de cobro respecto de los aportes en mora y de no hacerlo, la consecuencia es que se le imponga el pago de la prestación y con las certificaciones aportadas al plenario, la demandada debía efectuar las acciones de cobro.

La entidad **demandada** refirió en su recurso que dentro de las pruebas aportadas al proceso se demostraba que varios de sus empleadores, no

habían efectuado la afiliación del trabajador y menos el pago oportuno de aportes, no existiendo un perjuicio cuando se negó por la entidad tener en cuenta los periodos reclamados cuyo pago no se realizó, que dicha negativa expresada en actos administrativos, fue motivada en normatividad legal vigente, no siendo obligación de la entidad de realizar cobro respecto de aportes que no fueron informados en forma oportuna a la entidad y al momento de reconocer la pensión del actor, fueron tenidos en cuenta todos los aportes debidamente acreditados en la historia laboral y otros de ellos, aparecían sin pago oportuno, respecto de los cuales, sí se había efectuado pago oportuno y ello no fue tenido en cuenta.

Indicó que de confirmarse la decisión de primer grado, se generaría violación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, siendo claro que en el caso bajo estudio, se estaba frente a una situación de no afiliación y no pago oportuno de aportes y las certificaciones aportadas al proceso, no le habían sido allegadas a la entidad para proceder con el cobro de aportes.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reproche que el actor se encuentra disfrutando de pensión de vejez concedida por la demandada a través de resolución GNR 22318 del 31 de enero de 2015, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición a partir del 16 de noviembre de 2014, siendo posteriormente reliquidada en dos actos administrativos, para finalmente en resolución DIR 1807 de marzo de 2017, fijar como IBL la suma de \$5.826.541 y una tasa de reemplazo del 75%.

Es así como, en cuanto al recurso interpuesto por la parte demandante, respecto a tener en cuenta como efectivamente cotizados los tiempos comprendidos entre el 2 al 12 de agosto de 1993, laborados a favor de Círculo de Viajes y el interregno comprendido entre el 8 al 30 de agosto de 2000 laborado con la Corporación de Ahorro y Vivienda hoy Colpatria S.A., se tiene que si bien y como lo señala esta parte, obran en el expediente certificaciones laborales mediante las cuales se acredita que para tales interregnos temporales reclamados, inició la relación laboral del actor con las sociedades en mención, lo cierto es que como bien lo adujo el juez de primer grado, obran igualmente en el expediente los formularios de ingreso como trabajador al

sistema pensional por parte de las sociedades en mención, en cuanto al primer periodo, esto es, 2 al 12 de agosto de 1993, laborado con Circulo de viajes, la historia laboral tradicional expedida por el ISS y que da cuenta de los aportes efectuados a través de los diferentes empleadores del actor, permite concluir que dicha noticia de afiliación por parte de ese empleador, se dio a partir del **13 de agosto de 1993**, sin que obre ningún medio probatorio que permita concluir que el empleador en comento, hubiera efectuado la afiliación del actor al sistema pensional desde el inicio de la relación laboral, para poder darle el tratamiento que pretende el actor en su recurso a los aportes del periodo bajo estudio, esto es, que la entidad efectuara cobro de aportes, cuando no estaba al tanto siquiera de la existencia de la relación laboral del actor con dicho empleador, de lo que tuvo noticia sólo hasta el 13 de agosto de 1993, data a partir de la cual, se realizaron los aportes en debida forma.

Lo propio ocurre respecto de la Corporación de Ahorro y Vivienda, cuyo formulario de afiliación da cuenta de su recibo por el ISS, únicamente a partir del **28 de agosto del año 2000**, siendo claro que antes de dicha data, no existía afiliación por parte de este empleador, lo que implicaba que era imposible para la entidad efectuar un cobro de aportes respecto de una afiliación que **tampoco conocía**, pues esta se realizó con posterioridad al inicio de la relación laboral.

Respecto a ello procede reiterar al demandante que como bien lo puso de presente el juzgador de instancia, la falta de afiliación y la mora en el pago de aportes tienen consecuencias distintas, en el primer escenario que es el que acaece con los empleadores en mención, estos deben trasladar a la entidad cálculo actuarial por los periodos en los que no afiliaron al trabajador, no obstante, no fueron llamados al trámite procesal y se reitera que no es dable exigirle a la entidad de seguridad social un cobro de aportes cuando no mediaba afiliación alguna al sistema pensional como ocurrió en los periodos antes analizados, razón por la cual, no se modificará la decisión en este aspecto.

Ahora, en cuanto al recurso de la entidad demandada, respecto de los aportes tenidos en cuenta en la decisión recurrida y reportados con el empleador Aseguradora Gran Colombiana, entre el 1 de mayo de 1998 al 30 de septiembre de 1999, respecto de estos, sí se establece de manera clara la

afiliación al sistema del actor y la **mora en el pago de aportes** en que incurrió el empleador en mención por el interregno temporal en comento, pues así se deduce de las historias laborales aportadas por las partes y expedidas por la demandada en 2014 y 2015 y de comunicación expedida por esta última el 22 de junio de 2018 en respuesta a petición de actualización de historia laboral realizada por el actor, refiere que procedió a *ejecutar las acciones de cobro respecto de estos*, quedando suficientemente probado que para estos ciclos sí se configuró mora patronal y a pesar de que la pasiva indicó realizar acciones de cobro y así lo reitera en su recurso, de ello no obra prueba alguna y su inactividad como lo ha indicado la jurisprudencia, no puede afectar los derechos pensionales de los afiliados, sin que ello implique una afectación de índole financiera a la entidad en la magnitud que se alega, debiendo esta asumir su responsabilidad por no actuar como lo impone la ley, esto es, realizando el cobro de aportes de manera oportuna.

Así las cosas, procede la contabilización de el periodo mencionado en aparte anterior como lo refirió el juez de primer grado, lo que en efecto, impone una tasa de reemplazo superior a la aplicada por la demandada y que se fijó en el 75%, teniendo en cuenta 1026 semanas cotizadas, que más las 74 semanas bajo estudio, arrojan un total de cotización de 1100 semanas a las que en efecto corresponde una tasa del reemplazo del 81% en los términos del parágrafo 2 artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Prescripción

Siendo este un aspecto que se estudia en consulta a favor de la demandada, se tiene que, la resolución primigenia de reconocimiento pensional, data del 31 de enero de 2015, la reclamación para efectos de reliquidación pensional, se elevó el 4 de agosto de dicha anualidad, lo que llevó a la expedición del acto administrativo GNR 388893, mediante el cual se dispuso reliquidar la prestación en términos del IBL, siendo esta objeto de los recursos de Ley, quedando agotada la vía gubernativa con resolución VPB 14053 del 29 de marzo de 2016, por que el actor contaba hasta marzo de 2019 para interponer la acción sin que se viera afectada por el fenómeno prescriptivo, lo que hizo el 12 de febrero de 2019, como consta en acta de reparto visible en expediente digital, por lo que el fenómeno prescriptivo, no afectó la acción.

En cuanto al monto de retroactivo, liquidado entre el 16 de noviembre de 2014 al 30 de septiembre de 2022, con el IBL señalado en la resolución DIR 1807 de 2017, por la demandada como el hallado para el año 2014, en cuantía de \$5.826.541 y la tasa de reemplazo del 81%, arroja una suma de \$43.544.878, suma que resulta ser levemente superior a la señalada en primer grado y por ende, no será objeto de modificación.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2022-00169-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: GUILLERMO RINCÓN BEJARANO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de octubre del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor GUILLERMO RINCÓN BEJARANO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es beneficiario de la pensión de sobreviviente consagrada en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003; que se paguen las



mesadas adeudadas de manera indexada, junto con el pago de los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante la Resolución N° 21261 del año 2004 el ISS reconoció pensión de vejez a favor de la señora María de Jesús González Lemus (q.e.p.d.); que la señora González Lemus falleció el 11 de agosto del 2021; que solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que el 3 no era un hecho y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses, ni indemnización moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público, y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor GUILLERMO RINCÓN BEJARANO es beneficiario de la sustitución pensional en un 100% de la señora MARIA DE JESUS GONZALES LEMUS a partir del 11 de agosto del 2021, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reconocer y pagar la sustitución pensional a favor del demandante GUILLERMO RINCÓN



BEJARANO a partir del 11 de agosto del 2021, junto con los intereses moratorios causados desde la fecha de fallecimiento y hasta la fecha de pago efectivo de la prestación.

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo del señor GUILLERMO RINCÓN BEJARANO, la suma correspondiente de aportes para salud, de conformidad con las consideraciones expuestas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada COLPENSIONES.

QUINTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor GUILLERMO RINCÓN BEJARANO por las razones que se indicaron en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES y en favor del señor GUILLERMO RINCÓN BEJARANO, se fijarán las costas por valor de 1 SMLMV. Líquidense en su oportunidad procesal.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la normatividad aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento; que la causante se encontraba pensionada del ISS; que, el demandante contrajo matrimonio con la señora **MARIA DE JESUS GONZALES LEMUS** el día 30 de octubre de 1976 con nota marginal de separación de bienes de acuerdo con sentencia judicial el 03 de septiembre de 1991. Señala que, no es clara la convivencia entre el demandante y la fallecida, por lo menos mientras la misma, estuvo domiciliada en el apartamento de suba, de acuerdo a las contradicciones entre la investigación administrativa arrimada por Colpensiones y lo dicho por los testigos allegados por el demandante, pero que se avizora de acuerdo con los testimonios de varios declarantes, que la fallecida y del demandante antes de vivir en el apartamento de Suba, vivían en el barrio **TECHO** de Bogotá, donde el señor **JAIRÓ ALEJANDRO ÁLVAREZ JIMÉNEZ**, y el señor **GUILLERMO RINCON BEJARANO** afirmaron que la pareja convivió por alrededor de 15 años. Considera que la actora cumplió con el requisito de acreditar el mínimo de 5 años en cualquier tiempo, sin que la separación de bienes entre el demandante y la fallecida, afecte la convivencia que tienen los cónyuges, ya que si bien es cierto, separaron sus bienes, esto no prueba una separación de cuerpos o terminación de la convivencia. En lo referente con la imposición de los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100/93, señaló que los mismos no son procedentes cuando el actuar de las



administradoras, a efectos de negar las prestaciones que tienen a su cargo, encuentren justificación en la norma con la que se debía resolver el derecho, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso. Que en el caso bajo examen, se procedió a **condenar al pago de los intereses moratorios**. Teniendo en cuenta que prosperaron los intereses moratorios pretendidos, NO hay lugar al estudio de la indexación. **Sobre la prescripción.** Se tiene que la reclamación de la pensión por parte del demandante se realizó el 11 de agosto del 2021, la cual se resolvió el 18 de noviembre de 2021, notificada personalmente el 22 de noviembre de 2021 y se interpuso la demanda el 29 de abril del 2022, por lo que se declara no probada la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que tal y como quedó demostrado en el presente proceso y, con lo manifestado en los alegatos de conclusión, es claro que al actor no le asiste el derecho al reconocimiento a la sustitución pensional reclamada pues no se hace mérito a la noción de convivencia que establece la sentencia SL1399-2018 en la que se señaló *“por convivencia ha entendido la Corte que es aquella comunidad de vida forjada en el crisol del amor responsable y la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable a la par de una convivencia real y efectiva y activa durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado”*. Indica que la Corte señala esta noción de convivencia con miras a que la pareja hubiese recibido ese apoyo y no se demuestra en este caso que se hubiese hecho efectiva esa noción de convivencia, pues desde que la causante se enfermó no recibió ese apoyo o esa convivencia lo cual quedó probada con las pruebas. Que Colpensiones si estudio en debida forma lo solicitado por el demandante pues se realizó una investigación administrativa por la cual se llegaron a unas conclusiones, las cuales se allegaron al despacho oportunamente, en la cual se evidenciaron contradicciones en el demandante y los testigos; que el personal de seguridad del barrio suba compartir de Bogotá no conocían al hoy



demandante y manifestaron que la causante vivía sola; que los testimonios de los familiares no dieron certeza de la convivencia; que posterior a la convivencia que se dio entre ellos no se dio la noción que exige la sentencia, no existió ese acompañamiento espiritual. Solicita se revoquen los intereses moratorios pues se están condenando desde la fecha del fallecimiento de la demandante, pues dicha entidad contaba con un término para resolver la solicitud del demandante.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por Colpensiones, la Sala determinará en **apelación como en consulta** si hay lugar a condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la prestación pensional reclamada.

No fue objeto de reproche la fecha de defunción de la señora **María de Jesús González Lemus**, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 11 de agosto del 2021, como da cuenta su registro civil de defunción; como tampoco que el señor **Guillermo Rincón Bejarano**, ostentó la calidad de cónyuge de la causante, como se observa del registro civil de matrimonio en el que aparece que contrajeron matrimonio desde el 30 de octubre de 1976.

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, disposición que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia del cónyuge o compañero permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>
Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:



- 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...***

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Es así como la decisión de primer grado encontró acreditados los requisitos exigidos respecto del señor **Guillermo Rincón Bejarano** en su calidad de cónyuge supérstite. El problema jurídico que centra la atención de la Sala conforme el recurso de apelación consiste en determinar si el señor Guillermo Rincón Bejarano tienen derecho a la sustitución pensional por el fallecimiento de la señora **María de Jesús González Lemus**.

El señor Guillermo Rincón Bejarano solicita la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite, siendo necesario precisar, que si bien es cierto no se logró probar la convivencia de la pareja hasta el momento del fallecimiento y, teniendo en cuenta que Colpensiones alega que la pareja se encontraba separada de hecho, la Juez determinó que si se demostraba la convivencia de 5 años en cualquier tiempo, con lo cual cumplía los requisitos exigidos.



Pues bien, al respecto es preciso indicar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece en su literal b), que son también beneficiarios de la pensión de sobreviviente:

“[...]

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 éste (sic). 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. **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 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.” (negrilla fuera de texto)***

Frente a lo anterior ha enseñado la Corte entre otras en la sentencia SL 2257-2022 en la cual reiteró lo dispuesto en la sentencia SL 966-2021 y SL



359-2021 que el cónyuge separado de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no tiene como carga demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia legal prevista en el inciso 3° del literal b) antes transcrito. Así lo ha dicho:

“En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el ad quem incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019.”

En el presente caso, se encuentra probado que el señor Guillermo Rincón Bejarano contrajo matrimonio el 30 de octubre de 1976 con la causante como da cuenta el registro civil de matrimonio.

En cuanto a la convivencia, contrario a lo señalado por la apoderada de la Colpensiones, y conforme la jurisprudencia citada, como no se probó convivencia hasta el fallecimiento, debe tomarse como cónyuge separado de hecho como lo hizo la Juez de Primera Instancia, caso en el cual no era



necesario acreditar la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento de la señora María de Jesús González Lemus sino que esos 5 años los podía acreditar en cualquier tiempo y, así lo hizo con las declaraciones de los señores Aura María del Pilar González prima de la causante y Jairo Alejandro Álvarez Jiménez amigo de la familia desde hace más de 20 años quienes dieron fe de que con posterioridad al matrimonio el señor Guillermo y la causante convivieron por más de 5 años; encontrándose así acreditada la convivencia de 5 años en cualquier tiempo.

Por lo que acertó la falladora de primera instancia al establecer que el señor Guillermo Rincón Bejarano logró acreditar la convivencia exigida, por lo que le asiste derecho a la sustitución pensional por el fallecimiento de la señora María de Jesús González Lemus en un 100% como quiera que fue el único en acreditar que cumplía con los requisitos exigidos.

Mesada que se pagará en los mismos términos que venía percibiendo la causante.

En cuanto a la condena por **intereses moratorios**, se tiene que debe recordarse que conforme lo ha enseñado la CSJ entre otras en la sentencia SL 14528-2014 reiterada en la SL 3004-2022 los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben imponerse siempre que exista retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento de la demandada o de las particularidades que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues se trata simplemente de un resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce la mora en el cumplimiento de las obligaciones pensionales, dado el carácter resarcitorio y no sancionatorio de dichos intereses.

Indicando además la Corte en su jurisprudencia que existen salvedades que exoneran de la imposición de los intereses moratorios deprecados, como lo es que fluyan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido o por aplicación de reglas jurisprudenciales o ante



la existencia de conflicto de beneficiarios, lo cual no se da en el presente caso, por lo que proceden los intereses moratorios deprecados.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la falladora de primera instancia reconoció los intereses moratorios desde la fecha del fallecimiento de la señora María de Jesús González Lemus, se modificará este punto de apelación, pues la entidad demandada tenía 2 meses para reconocer y pagar la sustitución pensional la cual reclamó el actor el 24 de septiembre del 2021, es decir, que los intereses moratorios corren desde el 25 de noviembre del 2021 hasta el momento en que se efectúe el pago.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia recurrida, para en su lugar **CONDENAR** al pago de los intereses moratorios desde el 25 de noviembre del 2021 hasta el momento en que se efectúe el pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.



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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 16-2018-226-02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: AURA LIGIA MORALES
DEMANDADO: PRESENCIA LABORAL S.A.S Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer recurso de apelación interpuesto por las demandadas Acertar Polígrafo VSA S.A.S y Presencia Laboral S.A.S., revisa la Corporación el fallo de fecha 28 de julio de 2022 proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las demandadas Humanos Internacional EU, Acertar Polígrafo y Presencia laboral y las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora AURA LIGIA MORALES por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que entre ella y la demandada Acertar Polígrafo VSA S.A.S., existe una relación laboral desde el 26 de enero de 2010, la que se mantiene vigente, que las sociedades de servicios temporales Presencia

Laboral S.A.S., Asesores en selección y Administración de Personal Asap S.A.S. y Humanos Internacional E.U., son solidariamente responsables de todas las acreencias laborales de la demandante así como el pago de todas las pretensiones de demanda, que se condene a Acertar Polígrafo al pago de salarios causados a su favor desde el 26 de enero de 2010 y hasta la fecha de presentación de la demanda, al pago de cesantías, interés a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, pago de aportes al sistema de seguridad social integral, por toda la vigencia de la relación laboral, indemnización moratoria por no consignación de cesantías, solicita se declare que Acertar Polígrafo V.S.A S.A.S., tiene responsabilidad en la enfermedad laboral que padece al haber incumplido con su obligación de protección a la demandante, que goza de protección contra el despido por encontrarse en situación de estabilidad laboral reforzada, dejándose en firme la acción de reintegro que se dispuso a través de tutela, ordenando a Presencia laboral S.A.S., continuar pagando los salarios, prestaciones, vacaciones y demás acreencias a que tiene derecho por no haber culminado la relación laboral.

Fundamentó sus pretensiones afirmando que inició una relación laboral con el señor Bernardo Ferro, gerente de la sociedad Acertar Polígrafo V.S.A S.A.S., desde abril de 2003, que dicho contrato se pactó de manera verbal, siendo contratada para ocupar el cargo de empleada del servicio doméstico en el hogar de la persona natural en mención, al principio de la relación laboral, estuvo asignada 2 veces por semana en la vivienda del señor Bernardo, desde el mes de enero de 2004, hasta diciembre de 2009, repartió su tiempo de labores entre el apartamento del señor Ferro, donde laboraba 2 días a la semana y la sociedad Acertar Polígrafo V.S.A. S.A.S., en la cual este último fungía como gerente, realizando igualmente tareas de aseo y archivo de oficina, en ella se desempeñó los 3 días restantes de la semana, que entre los años 2004 hasta el 2009, el señor Bernardo ni la sociedad en mención, pagaron a su favor las prestaciones sociales establecidas en la Ley, que el 26 de enero de 2010, fue contratada por la EST Asesores en Selección y Administración de personal ASAP S.A.S., bajo un contrato de obra o labor, bajo dicha modalidad, prestó sus servicios a favor de la demandada Acertar Polígrafo como empleada en misión y desempeñando el cargo de auxiliar de servicios generales.

Que en el marco de dicha relación laboral, prestó sus servicios hasta el 26 de enero de 2011, fecha en la cual fue liquidado el mismo, que el 2 de febrero de dicha anualidad, fue nuevamente contratada por la ETS en mención para prestar sus servicios en Acertar Polígrafo S.A.S., los que prestó hasta febrero de 2012 y el 13 de febrero de dicho mes, fue nuevamente contratada por la misma ETS, para la misma prestación de servicios a favor de Acertar Polígrafo, en el marco de esta nueva vinculación, se desempeñó hasta noviembre de 2012; siendo contratada nuevamente el 19 de noviembre de 2012 por la ETS Humanos Internacional EU, para prestar sus servicios a favor de Acertar Polígrafo, que el examen médico de ingreso que se le realizó en dicha oportunidad, evidenció que tenía problemas de manguito rotador hace 2 años, lo que le generaba una limitación para abducción y rotación del hombro izquierdo, que esta vinculación se extendió hasta el 15 de noviembre de 2013.

Refiere que desde el año 2012, empezó a manifestar dolencias físicas en su hombro izquierdo y cuando acudió al ortopedista, este le indicó que padecía ruptura parcial de ligamento y síndrome de manguito rotador, epicondilitis lateral derecha y bursitis de hombro, que el 2 de diciembre de 2013, fue contratada por Presencia Laboral S.A.S., siendo enviada para trabajar en misión a Acertar Polígrafo, donde igualmente desarrolló las mismas tareas de limpieza y aseo general 3 días a la semana, que fue operada el 5 de junio de 2014, fecha a partir de la cual, se le expidieron incapacidades hasta el 18 de septiembre de dicha anualidad, data para la cual, se presentó a laborar y prestó sus servicios hasta el 25 de septiembre de 2014, fecha en la que la EPS prorrogó las incapacidades hasta el 15 de febrero de 2015, que notificó al señor Ferro de la prórroga de su incapacidad y este la amenazó con despedirla por su estado de salud, que Famisanar EPS, emitió concepto el 6 de octubre de 2014 señalando que la enfermedad de manguito rotatorio y bursitis de hombro, eran de origen común y la epicondilitis, de origen profesional, concepto respecto del cual ARL Colpatria manifestó no encontrarse de acuerdo, al considerar que las dos patologías correspondían a origen común.

Afirma que su vinculación con Presencia Laboral S.A.S., tenía como fecha de finalización diciembre de 2014, data para la cual, se encontraba incapacitada y dicha sociedad en distintas oportunidades le manifestó que

si seguía enferma, la despedirían, que el 25 de febrero de 2015, se presentó a las instalaciones de dicha sociedad con el fin de retomar sus labores, no obstante, le indicaron que por órdenes del señor Ferro su contrato había finalizado, que no se le informó dicha decisión con anticipación como tampoco justificación alguna, pudiéndose concluir que fue despedida en razón a su enfermedad, que el 27 de febrero de 2015, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, emitió dictamen indicando que su patología era de origen laboral, sin embargo, no calificó porcentaje de PCL, el mismo fue recurrido por ARL COLPATRIA, a pesar de ello, fue confirmado, que fue nuevamente incapacitada hasta el 15 de marzo de 2015, siendo operada del hombro izquierdo el 30 de julio del 2015 y con ocasión a ello incapacitada por 3 meses más, hasta el 27 de octubre de 2015 y como quiera que dichas incapacidades excedieron los 180 días, fueron pagadas de allí en adelante por Colpensiones.

Señala que la sociedad Presencia Laboral S.A., nunca le pagó liquidación, no continuó pagando salario, cesantías, primas; pero sí continuó sufragando los aportes al sistema de seguridad social integral, que luego de terminada su incapacidad volvió a dicha sociedad y le negaron su contratación, que se emitieron en su caso recomendaciones, concluyendo que era apta para laborar con algunas restricciones, que fue incapacitada nuevamente hasta el 12 de abril de 2016 y el 13 de junio de dicha anualidad, fue contactada por uno de los trabajadores de Presencia Laboral, quien le informó que sería reintegrada a un cargo que cumpliera con las recomendaciones emitidas, que el 15 de junio mediante otrosí, fue reasignada en el cargo de mensajera, oportunidad en que le indicaron que serían pagadas a su favor las sumas dejadas de percibir desde su despido, por lo que se le solicitó comunicar el monto exacto adeudado, lo que hizo en comunicación del 21 de septiembre de 2016, sin recibir desde entonces respuesta alguna al respecto, que ante la renuencia de dicha sociedad, les remitió comunicaciones en octubre y diciembre de 2016, recordando las sumas adeudadas.

Indica que, fue nuevamente incapacitada desde el 27 de diciembre de 2016, data desde la cual dejó de prestar sus servicios para la sociedad en mención y teniendo en cuenta que se encontraba afrontando una difícil situación económica, además de su estado de salud, el 20 de febrero de 2017,

interpuso acción de tutela alegando la vulneración a los derechos al mínimo vital, trabajo y vida digna, acción que fue negada en ambas instancias, que las incapacidades estaban contempladas hasta el 16 de junio de 2017, no obstante, el 30 de mayo de 2017, sufrió un accidente con ocasión del cual se fracturó la rodilla, que el 17 de junio de 2017, fue nuevamente incapacitada por 30 días, nuevamente 2 veces por el mismo término y el 22 de agosto de 2017, se acercó a Colpensiones solicitando el pago de la última incapacidad generada, al término de la cual, se presentó ante la empresa Acertar Polígrafo S.A.S., donde le indicó el señor Bernardo que no le daría trabajo, el mismo día se presentó a Presencia Laboral, donde le dieron el día libre y le asignaron cita con médico laboral, que el 19 de septiembre de 2017, se presentó ante este último, quién remitió concepto a Presencia Laboral indicando que se podía desempeñar en labores de mensajería, ese mismo día fue contactada por parte de esa sociedad y le indicaron que debía presentarse al día siguiente a las 10 de la mañana, que el 20 de septiembre de esa anualidad, se comunicó con Presencia Laboral y le indicaron que no se presentara ya que se realizaría una reunión para determinar dónde sería reubicada, el 25 de septiembre se comunicó nuevamente con ellos y le señalaron que aun no se había decidido sobre su reubicación, que el 27 de septiembre de 2017, fue nuevamente incapacitada por 12 días, que el pago de incapacidad solicitado ante Colpensiones fue negada.

Refiere por último que el 9 de octubre su médico tratante le ordenó 10 sesiones de hidroterapia, el 31 de octubre, se autorizaron las mismas por parte de su EPS, que el 9 de noviembre de 2017, se reunió junto con su abogada y el abogado de presencia Laboral, oportunidad en que le informo que serían pagados los salarios y prestaciones a ella adeudadas, no obstante, no se cumplió con lo pactado en dicha reunión, que el 16 de noviembre de dicha anualidad, fue citada a Presencia Laboral, siendo despedida sin ninguna razón y ese mismo día recibió la liquidación definitiva, el 1 de diciembre de 2017, presentó acción de tutela contra la sociedad en mención y el Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, profirió fallo declarando improcedente la acción respecto de la estabilidad laboral reforzada, trabajo y mínimo vital y ordenó a Presencia Laboral su reintegro y reanudación del pago de cotizaciones a salud y pensión, siendo reintegrada el 27 de diciembre de 2017, haciéndole suscribir esa sociedad un contrato de trabajo por el término de la realización

de la labor, desconociendo la orden dada en acción de tutela, ya que se ordenó un reintegró y no una recontratación, que fue incapacitada nuevamente el 10 de enero de 2018 y dicha incapacidad se extendió por cuanto fue operada nuevamente, reintegrándose a sus funciones el 13 de marzo y el 24 de enero de 2018m fue diagnosticada con osteoartrosis asociada con fibromialgia, que se encuentra laborando a la fecha de presentación de demanda con la pasiva Presencia Laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada HUMANOS INTERNACIONAL E.U. se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó el No. 19, negó los No. 16, 17, 42 y 91 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, carencia de derecho, cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de culpa patronal, ausencia de solidaridad entre las codemandadas, compensación, buena fe.

La demandada ASESORES EN SELECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL ASAP S.A.S, de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 7 a 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó pago, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción, compensación, falta de fundamentos de hecho y derecho y buena fe.

ACERTAR POLIGRAFO S.A.S. S.A.S, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 23, 68 negó los No. 5, 6, 8, 11, 14, 17, 24, 25, 76 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad entre las EST y la empresa usuaria y mala fe de la parte actora.

La demandada PRESENCIA LABORAL S.A.S, de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 22 a 24, 33 a 35, 43, 44, 46, 50, 52, 58, 61, 69, 77, 93, 94, 96, 101, 104 y 105, negó los No. 37 a 42, 51, 53, 55, 59, 60, 62 a 64, 88 a 91, 97 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que

denominó mala fe, cobro de lo no debido, ausencia de violación de fuero, ausencia de sustitución patronal, ausencia de extremos laborales de la relación laboral, falta de legitimación por pasiva y activa, vinculación de la trabajadora en misión con situaciones previas de salud, prescripción e inexistencia de culpa patronal.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que existe un contrato de trabajo a término indefinido que viene rigiendo desde el 26 de enero de 2010 y hasta la actualidad, en el cual obra como empleador la demandada ACERTAR POLIGRAFO V.S.A. S.A.S., respecto del cual han obrado como meras intermediarias las demandadas ASAP S.A.S., desde el 26 de enero de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2012; la demandada HUMANOS INTERNACIONAL S.A.S., desde el 16 de noviembre de 2012 hasta el 15 de noviembre de 2013; y la demandada PRESENCIA LABORAL S.A.S., desde el 03 de diciembre de 2013 hasta la actualidad.

SEGUNDO: DECLARAR ineficaz el despido llevado a cabo el 16 de noviembre de 2017 por la intermediaria PRESENCIA LABORAL S.A.S., respecto de la demandante señora AURA LIGIA MORALES SANCHEZ de quien se predica la calidad de trabajadora en relación al numeral primero que antecede, y en consecuencia CONDENAR solidariamente a las demandadas ACERTAR POLIGRAFO V.S.A. S.A.S. y a PRESENCIA LABORAL S.A.S., al reintegro de la mencionada trabajadora y pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde el despido hasta la fecha del reintegro, es decir por el lapso comprendido desde 16 de noviembre de 2017 hasta el 27 de diciembre del mismo año, debidamente indexado al momento de su pago y con base al en el salario mínimo mensual vigente para tal época; y en tal sentido, DECLARAR con carácter permanente la orden de reintegro emitida por el Juzgado 14 Penal Municipal de Bogotá en sentencia de tutela de fecha 18 de diciembre del año 2017.

TERCERO: CONDENAR solidariamente a PRESENCIA LABORAL S.A.S., y a ACERTAR POLIGRAFO V.S.A. S.A.S., a pagar a la demandante señora AURA LIGIA MORALES SANCHEZ la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en monto de cuatro millones cuatrocientos veintiséis mil trescientos dos pesos moneda corriente (\$4.426.302,00) debidamente indexada al momento de su pago conforme se precisó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR solidariamente a ACERTAR POLIGRAFO V.S.A. S.A.S. y a PRESENCIA LABORAL S.A.S., a pagar a la demandante las primas de servicios y auxilios de cesantías causadas desde el 09 de abril de 2015 hasta el 09 de abril de 2018; y se declara DECLARAR que, de allí en adelante, las obligaciones laborales que emanan del

contrato de labor se encuentran solidariamente a cargo de las dos demandadas en mención.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción alegada por ACERTAR POLIGRAFO V.S.A. S.A.S. y PRESENCIA LABORAL S.A.S., por las prestaciones causadas con anterioridad al 09 de abril del año 2015 y se abstiene el despacho de pronunciamiento sobre las demás excepciones; y, **DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto de todas las condenas de demanda en favor de las demandadas ASESORES EN SELECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL ASAP S.A.S. y HUMANOS INTERNACIONAL S.A.S., y por el resultado de la litis se abstiene el despacho de pronunciamiento sobre las demás excepciones propuestas. (...)

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

El contrato de trabajo cuyos fundamentos se encuentran en los artículos 22 y 23 del Código sustantivo del mismo nombre, se estructura la base fundamental de los derechos consagrados en el Código en mención y sus elementos estructurales, como la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y la retribución o salario, pues son aquellos que deben estar demostrados. También hay que destacar la normativa que hace referencia a la intermediación laboral como es el artículo 35 del CST que nos dice que son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, que se consideran como simples intermediarios 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.

El que celebre el contrato de trabajo obrando como simple intermediario, debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas, con fundamento en esta norma la Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral en múltiple jurisprudencias que constituye doctrina probable entre ellas la sentencia, SL 467 de 2019 del 6 de febrero, radicado 7120081 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas ha reiterado que la intermediación laboral es permitida en Colombia únicamente a las empresas de servicios temporales, remitiéndose para ello a la Ley 50 de 1990 en su artículo 77, que precisa los límites y las circunstancias en las que es posible contratar EST, el envío de personal temporal para desarrollar ciertas actividades; dice la norma que los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos: cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del CST o cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones en uso de licencia en incapacidad por enfermedad o maternidad o para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios con un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más, han sido reglamentadas estas normas, como por ejemplo con el Decreto 1707 de 1991, en el sentido que son estrictas estas exigencias y en relación con este ultimo termino de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más incluyéndose la precisión de que cumplidos esos términos, no se vuelva a contratar en las mismas tareas y las mismas funciones a una persona con la empresa de servicios temporales que venía trabajando o con otra empresa de servicios temporales; ha dicho entonces la Corte que cuando se efectúa un desbordamiento de esas facultades precisas para contratar, en realidad no hay un ejercicio legal de las EST, sino una mera intermediación laboral en la cual el intermediario oculta su calidad y en esos casos se debe tener a la empresa usuaria a quien se sirve directamente de los servicios del trabajador, se le debe tener como el verdadero empleador y a la empresa o empresas de servicios temporales correspondientes como meras intermediarias y estas

junto con el empleador, deben responder solidariamente de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. También hay que tener en cuenta la Ley 361 de 1997 en su artículo 26 que como es sabido, consagra la llamada estabilidad laboral reforzada según la cual en ningún caso la discapacidad de una persona puede 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; asimismo, 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 del trabajo; la sentencia C 531 de 2000 declaró exequible esta norma, pero añadiendo que debe entenderse ineficaz el despido, ese desarrollo se lleva a cabo con base en el estado de salud del trabajador en sus condiciones de discapacidad, la Corte Constitucional ha pregonado entre muchas otras, en la sentencia T 052 de 2020 que los trabajadores en estado de debilidad manifiesta por situación de discapacidad no tienen que estar efectivamente calificados con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral basta con que su salud este deteriorada de tal modo que les impida sustancialmente realizar las actividades para las cuales han sido contratados y que se presume que estando demostrada esa situación de salud y que de la misma tuviera conocimiento el empleador, se presume que si existe una terminación del contrato pues se debe a esa causa de salud y es a la empleadora que le corresponde demostrar lo contrario, las causales objetivas y de ley que le hayan llevado a dar por terminado el contrato, toda vez que si no se acudió a la autoridad Administrativa del trabajo para calificar las causas que permitieran dar por terminado el contrato del trabajador en razón a que su estado de salud fuera completamente incompatible con las labores que debía desarrollar si no se cumple esa exigencia, el despido deviene en ineficaz.

La Corte Suprema de Justicia también ha tratado el tema entre muchas en la sentencia SL 4825, del 25 de noviembre del año 2020, donde manifestaba que, para todas aquellas personas que su discapacidad comienza el 15% de PCL, es que se predica esa protección de la ley cuya acreditación dice, sin embargo, no depende de una prueba especial o forma instrumental determinada, ya que lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de los trabajadores es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, que se necesita que el trabajador padezca un estado de discapacidad en grado moderado severo profundo, independientemente de su origen, que el empleador tenga conocimiento de dicho estado, que el empresario despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa y que la empresa no solicite el permiso al ministerio del Trabajo.

Sobre la presunción de despido discriminatorio, la Corte Suprema de Justicia ha evolucionado también hoy día para considerar que sí se presume como discriminatorio el despido o terminación del contrato en esos eventos, fue en la sentencia SL 4962 de 2020 en la sala cuarta de descongestión, se recuerda la jurisprudencia de la Corte Suprema de la sala permanente sobre este tema y termina de la siguiente forma, “por lo tanto, al trabajador le bastara demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la causa que objetivamente justificó la terminación del contrato y que la misma no estuvo determinada por motivos discriminatorios, de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz”. Con estas premisas jurídicas fundamentales que tendrá en cuenta el juzgado, debe decir el despacho que, en punto de los planteamientos de la parte demandante relacionados con los hechos que menciona en las primeros situaciones fácticas que pone de presente, lo dan del hecho primero hasta el hecho sexto, habla de presuntas relaciones de trabajo la demandante con un señor Bernardo Ferro o indistintamente con él y con Acertar polígrafo S.A.S, que fue un contrato verbal, que hacía servicios generales para una y otra persona, sobre ese tema hay que decir que no encontró elementos el juzgado de orden probatorio y fáctico para efectuar condenas desde el año 2003 o declaraciones en algún sentido, entre otras razones, la principal de ellas, que el señor Bernardo Ferro no ha sido demandado en este proceso, esto fue dilucidado con claridad cuando el juzgado negó una excepción previa de falta de integración de litis consorcio pedida por Presencia Laboral S.A.S y que fue una decisión confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, en cambio encuentra el juzgado que desde el 26/01/2016, sí hay prueba en el proceso de prestación de servicio de la demandante, donde están involucradas las personas jurídicas demandadas en

este caso; es así como encontramos lo siguiente: hay fechas en que claramente está demostrado el servicio personal de la demandante y que esos servicios los prestó como trabajadora en misión enviada por las temporales aquí demandadas a la empresa Acertar Polígrafo VSA S.A.S como persona usuaria, encontramos así del 26/01/2010 al 26/01/2011 con la temporal ASAP para el usuario Acertar Polígrafo según liquidación de contrato por la misma expedida de folio 143, que fue una terminación por vencimiento de obra para el cargo de oficios varios, del 2 de febrero de 2011 al 01/02/2012, con la misma ASAP y para la misma usuaria Acertar Polígrafo, terminación está por vencimiento de obra para el cargo de oficios varios, folio 144 liquidación final y del 13 de febrero al 15/11/2012, con la misma temporal ASAP y para la usuaria Acertar Polígrafo con terminación aduciendo finalización de obra labor en el cargo oficios varios, folios 145, liquidación final.

Acepta esta ETS en sus alegatos, que solo hasta el 15/11/2012 la actora le prestó servicios, de otra parte Humanos Internacionales reconoce en su contestación y alegatos, que los servicios prestados por la actora solo fueron desde el 16/11/2012 hasta el 15/11/2013 como trabajadora, que laboraba en misión para Acertar Polígrafo en el cargo de oficios varios y que el contrato terminó por finalización de obra labor, ambas temporales hay que recalcar que alegaron la excepción de prescripción, que será abordada más adelante por el juzgado.

Ahora también está probado que el 10/10/2017 Acertar Polígrafo radicó en la empresa Presencia Laboral una carta donde informa que la actora no es su trabajadora, por lo cual "solicita la desvinculación laboral que se tenga con la trabajadora a partir del 18/09/2017" folio 151 y en efecto, Presencia Laboral con carta del 16/10/2017 le comunicó a la señora Morales Sánchez que el contrato de trabajo terminaba el 17/11/2017, por terminación de obra o labor determinada, objeto del negocio, folio 152 y en la contigua hoja de liquidación de tal contrato, consagra como sus extremos desde el 02/12/2013 hasta el 16/11/2017 y da cuenta que el centro de costo fue Acertar polígrafo S.A.S folios 153, con manuscrito de recibido de la demandante, recibido para verificación y con su firma es decir que hay una labor desarrollada con muy pocos días de interrupción y esto en la formalidad de los documentos mencionados que abarcan desde el 26/01/2010 hasta el 16/11/2017, a través de empresas de servicios temporales y desarrollando la labor para el usuario, Acertar polígrafo VSA S.A.S; pues bien, de los contratos con ASAP, sus terminaciones y liquidaciones finales, como los pagos que se efectuaron durante los tiempos que estuvieron vigentes, son visibles de folios 379 a 390 que se corresponde con lo que se acaba de exponer con las liquidaciones de contrato mencionadas y lo que ellas han manifestado, lo que esta entidad manifestó en contestación y alegatos, con el mismo usuario, Acertar Polígrafo en el cargo de oficios varios y con contrato por obra labor contratada y con terminaciones por esa misma alegada causa, finalización de la obra o labor para la que se contrató, igual sucede con Humanos Internacional SAS respecto del contrato que allegó y hay que decir que respecto a Presencia Laboral, obra también el contrato del 2 de diciembre del año 2013, folio 25, otrosí folios 26 en adelante, el otro sí, del 15 de Julio del año 2016 donde esta demandada dice que de acuerdo a recomendaciones emitidas por la EPS Famisanar y ARL Axa a partir del 18 Julio 2016, el trabajador arriba mencionado, cambiará su actual cargo de auxiliar de servicios generales a mensajería su ingreso salarial corresponderá al salario mínimo legal vigente.

Ahora en punto del estado de salud de la trabajadora aparece prueba en el proceso que fuera aportada por la parte actora a partir del folio 28, historia clínica abundante, que da razón de su estado de salud, esa historia clínica aparece entonces con anotaciones desde el año 2011 hasta 2015 y más adelante de otras fechas, 2016, 17, agosto de 2016 y también está enero de 2017 y más adelante febrero de 2017, incapacidades médicas que le fueron concedidas, las tablas de incapacidades fueron entregadas, recomendaciones médicas así mismo, el año 2016, incapacidades del año 2017, del año 2018 también con diagnóstico como de bursitis y condilitis, síndrome de manguito rotador básicamente, tenosinovitis que dan cuenta en el tiempo de historia laboral que se ha referido una constante en el tiempo, este tipo de dolencias de la parte actora y las múltiples incapacidades que la han acompañado desde el año 2014.

Pues bien, ya en concreto para la resolución de los problemas jurídicos hay que decir lo siguiente; el estado de salud de la parte demandante cconsidera el juzgado, también

hay que decir antes de eso que aparece las calificaciones de la Junta Nacional y la Junta Regional de Calificación de Invalidez; básicamente lo que se ha dicho por el juzgado es que abordada la situación de la prestación de servicios la encuentra el juzgado acreditado efectivamente a través de EST, pero en favor de la empresa usuaria Acertar Polígrafo S.A.S., desde 26 de enero del año 2010 hasta el 16 de noviembre del año 2017, eso es lo que se ha esbozado, pero continúa el juzgado, ahora exponiendo lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada, el estado de salud de la demandante y más adelante retomará entonces lo acontecido de allí en adelante del 16/11/2017, ya manifestando también el juzgado que está acreditado que desde diciembre 27 de 2017 fue reintegrada la demandante por parte Presencia laboral y ella misma ha aceptado que viene vinculada hasta la actualidad con esta empresa de servicios temporales quien de otra parte, pues ha manifestado que cumplió la orden de reintegro y que la razón por la cual continúa la demandante vinculada; voy a retomar entonces lo del estado de salud para decir que este juzgado comparte las apreciaciones y consideraciones del Juzgado 14 Penal Municipal, con función de conocimiento en punto de la sentencia que emitió el 18 de diciembre del año 2017 porque precisamente esas pruebas que fueron presentadas allá también se allegaron en esta litis ordinaria laboral y dan cuenta que esas conclusiones que hizo el despacho en su momento de que efectivamente la demandante se encontraba en una condición de debilidad manifiesta, las dolencias que ella padecía, como la epicondilitis, la tenosinovitis, bursitis de hombro, síndrome de Manguito rotatorio, entre otras, no son enfermedades pasajeras o menores y de eso da cuenta el historial médico que fue aportado, que son dolencias que sin duda afectan de manera sensible las labores de servicios generales que efectuaba la demandante al servicio de la empresa usuaria Acertar Polígrafo.

Téngase en cuenta entonces que, ante tales circunstancias, y no obstante que el día que se produjo la terminación del contrato 16/11/2017 no haya existido incapacidad médico legal, precisamente en ese día, eso no quiere decir de modo alguno que no estuviera la demandante en las condiciones de debilidad manifiesta conocidas por el empleador y que, por tanto, no debiera este acudir al Ministerio de Trabajo a solicitar la autorización correspondiente; entonces en ese sentido, compartiendo las conclusiones y consideraciones del juzgado de Tutela, según se ha mencionado, ahora bien en lo que hace referencia a la temática que se solicita en este proceso porque hay unas pretensiones de que se valide o se dé carácter permanente a las órdenes del juzgado de tutela y de otro lado, que se declare contrato de trabajo teniendo a Acertar Polígrafo como empleador y a las otras demandadas como meras intermediarias sobre ese tema, debe decir el juzgado lo siguiente; con la exposición de derecho que se hizo al principio, es claro que no es posible desbordar los precisos límites y casos que tiene establecida la ley 50 de 1990, artículo 77 y sus decretos reglamentarios, para que las empresas de servicios temporales envíen personas en misión a otras empresas o personas usuarias delegándoles la subordinación, pero sin que dejen de ser empleadoras las empresas de servicios temporales, esto es válido solamente si se respeta los casos para los cuales se puede hacer ese envío y los tiempos están allí determinados. Pues bien, hay que decir que en este caso no obstante, que las demandadas las 3 empresas de servicios temporales y la usuaria Acertar Polígrafo, anunciaron constantemente el argumento de que se trató de un ejercicio válido y ajustado a derecho de las EST, el juzgado encuentra que no es así y que no fue probado de esa forma, por el contrario, encuentra que lo que existieron fueron meras intermediaciones laborales por parte de las tres EST, es decir, obraron como meras intermediarias y en ese sentido, a quien debe considerarse como empleador es al usuario, a la empresa usuaria que es Acertar Polígrafo S.A.S. y a las otras entidades como meras intermediarias, quienes deben responder solidariamente por las obligaciones y deberes del contrato de trabajo en los lapsos en que cada una de ellas fungió como tal.

a esa conclusión se llega claro, porque no es cierto que en el proceso esté demostrado una obra o labor determinada, es el primer desacierto en los argumentos de las demandadas, porque si se observa en los contratos que fueron aportados y en el desarrollo de la relación de labor no está demostrado de manera alguna que a la demandante se le haya vinculado en uno de los casos que establece el artículo 77 de la ley 50 de 1990, por ejemplo, en el contrato del día 02/12/2013, folio 25 con la temporal Presencia Laboral, se habla de que el tiempo necesario de la obra es aquel “ Servicios generales por incremento de labores administrativas”, pues bien ni esta demandada ni

las anteriores EST que fungieron en esa calidad, es decir, ASAP SAS ni Humanos internacional SAS, alegaron y demostraron que estuviéramos en presencia de un incremento de labores por parte de Acertar Polígrafo, es decir, que los servicios generales que prestaba la demandada se debían a un incremento de labores, lo cual tampoco se compadece de las labores mismas, los servicios generales de aseo, básicamente no se ve cómo estuvieran centrados en un incremento de labores ni en otra de las causales que estuviera haciendo reemplazo de licencia de personas en condición de incapacidad, en incapacidad médica legal o que fueran labores ocasionales, accidentales o transitorias, siempre se habló de las labores de servicios generales como el aseo y nunca se probó que se tratara de labores ocasionales, accidentales o transitorias o para reemplazar personal en vacaciones o incapacidad, sino que las demandadas manifestaron que se acogieron a los términos de ley, es decir, el numeral 3 del artículo 77, que habla incrementos en la producción y otros eventos y en la prestación de servicios por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más, es decir, total de 1 año, encuentra el juzgado en ese punto se reitera que no está demostrada ninguna de las causales de ese numeral 3 del artículo 77 y aunque formalmente pudiera parecer que se respetó el término de 6 meses de servicios, prorrogables por otros 6, no encuentra el juzgado que en la práctica haya sido así, máxime cuando según las normas ya citadas, después de transcurrido ese año máximo de labores, no se puede volver a contratar con otra EST ni con la misma para seguir realizando las demás actividades, porque eso desvirtúa de suyo la labor temporal que debe ser asumida a través de ese tipo de empresas o que puede ser asumida de ese modo. Es decir, el hecho de que el contrato con ASAP, primero haya regido el 26/01/2010 al 26/01/2011 y después del 02/02/2011 al 01/02/2012 y el tercero del 13 de febrero al 15/11/2012, para el juzgado no es un cumplimiento por supuesto a la ley del artículo 77 de la ley 50 de 1990 se desborda con toda claridad los términos de ley por unos breves días que separan un contrato del otro.

De manera que no se verificó el cumplimiento de ley en ese punto, Humanos internacional SAS si bien desarrolló el contrato del 16/11/2012 al 15/11/2013 pues hay una continuidad, el contrato que terminó el 15/11/2012 con ASAP pasa a hacer desarrollado o pasa a ejecutarse un presunto con otro contrato distinto desde el día siguiente, 16/11/2012 hasta el 15/11/2013, en ese sentido pues no podía ya así se haya hecho una división en los contratos con Humanos Internacionales que corresponde o que iba del 16/11/2012 al 15/11/2013 un año, pero ya venía dada la relación o la prestación de servicios por mucho más tiempo que un año, de modo que en este caso, efectivamente existió una intermediación laboral no ajustada a derecho y ahora bien, téngase en cuenta que la demandada Acertar Polígrafo sí tuvo plena incumbencia en todo este desarrollo laboral, no solo hasta noviembre de 2013, sino ahí en adelante, es decir, el 03/12/2013 a 16 de Noviembre de 2017, porque es precisamente esa empresa usuaria la que le pide a la intermediaria a Presencia Laboral que dé por terminado el contrato, no tendría por qué solicitarlo si no fuera precisamente esta la empresa usuaria durante todo el tiempo a que se ha referido el contrato. Hay que recordar que el 10/10/2017 fue Acertar Polígrafo quien radicó en Presencia Laboral, como aparece a folio 151, una carta informándole que la actora no es su trabajadora, pero entonces "solicita la desvinculación laboral, que se tenga con la trabajadora a partir del 18/09/2017", ejerciendo plenamente como una empresa usuaria, pero claro está, sin demostrar por qué es que la obra terminó el 18/09/2017, obra que ni siquiera está demostrada, hay que reiterar la obra labor para la cual fue contratada la demandante referida a alguna de las causales del artículo 77 de la ley 50 de 1990, pues no se demostró en el proceso de manera que para el juzgado, como ya se anunció, es necesario declarar que el verdadero empleador de la trabajadora desde el 26/01/2010 es Acertar Polígrafo SAS, que las demás demandadas han fungido como meras intermediarias.

En lo que se refiere Asesores en Selección y Administración de personal ASAP, esa intermediación se dio desde el 26 de enero del año 2010 hasta el 15/11/2012, con Servicios integrales Humanos internacionales SAS del 16/11/2012 hasta el 15/11/2013 y con Presencia Laboral SAS a partir del 3 de diciembre del año 2013 y hasta la actualidad, porque valga decir que no hay probanza de la terminación del contrato, esto teniendo en cuenta que el juzgado comparte las apreciaciones del juez de tutela y en efecto el contrato no ha debido terminar sin autorización del Ministerio de

Trabajo el día 16/11/2017, por eso no se puede predicar que el contrato haya terminado, el contrato debe considerarse vigente y así se declarará.

Ahora bien, se descartan así entonces en lo fundamental las defensas y excepciones que presentan las demandadas, sin embargo, debe estudiarse la excepción de prescripción y las condenas concretas que se piden en este proceso, pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, en lo que se refiere a la prescripción claramente entonces está probado que Humanos internacionales SAS únicamente fungió dentro de esta relación de trabajo como mera intermediaria del 16/11/2012 al 15/11/2013 y en lo que se refiere ASAP SAS, pues lo ejecutó desde el 26 de enero del año 2010 hasta el 15 de noviembre de 2012; entonces sobre el asunto referido a la prescripción hay que recordar que la demanda fue presentada el 9 de abril del año 2018 y no hay interrupción de la prescripción antes de esa fecha respecto de la responsabilidad de las EST, tampoco respecto a la usuaria, porque fue hasta esa fecha, 9 de abril de 2018 que se interpuso la demanda, de modo que el debate relacionado con prestaciones causadas antes de 09/04/2015 efectivamente, se considera o es válido considerar prescritas estas acciones, en relación con ASAP SAS y Humanos internacional SAS, ya que no existió interrupción dentro del término de ley, teniendo en cuenta que ASAP SAS, hasta el 15/11/2012 desarrolló este servicio de intermediación que realmente lo fue es decir, que al 15 de noviembre de 2015, venció el término prescripción para reclamar a ella esta labor de intermediación, sin perjuicio de que se pueda declarar que, en efecto, fue una intermediación no ajustada a derecho porque las meras declaraciones, no están sujetas a prescripción, pero en punto de condenas, no las habrá por efecto y motivo de la prescripción e igual sucede con Humanos internacional SAS, el tiempo en que prestó su servicio de intermediación fue el 15/11/2012 al 15/11/2013 por lo tanto a 15 de noviembre de 2016 es que prescribieron las acciones para reclamar sobre el particular, estas 2 entidades se ven beneficiadas por la excepción de prescripción que alegaron en punto de condenas y así se declarará no en punto de declaración, pues no están sujetas a prescripción, declarar que en qué calidad obraron, tampoco se demostró que durante los tiempos en que estas dos temporales fungieron hayan adeudado aportes a pensión, que estas temáticas pues no son susceptibles de prescripción pero por lo tanto no abra condena sobre el particular.

En lo que se refiere a Presencia Laboral, se dice que desde el 3 de diciembre del año 2013 viene asumiendo como mera intermediaria, hay que destacar que respecto de la misma operó en parte la prescripción, de manera parcial, porque al 9 de abril del año 2018, que fue presentada la demanda, pues también se surge la interrupción de prescripción, es decir, que a 09/04/2015 hacia atrás, se ha verificado la prescripción de la acción, es decir que, de 09/04/2015 hasta el 09/04/2018, que es el término por el cual la actora solicita condenas en efecto, no hay prescripción de ese lapso y en adelante respecto de las sumas que se lleguen a adeudar, en referencia a la relación de trabajo, es decir, desde 09/04/2015, ambas demandadas Acertar Polígrafo SAS y Presencia Laboral SAS, deben responder de las acreencias laborales de la parte actora en punto de prestaciones sociales y salarios.

Ahora bien los temas referidos a lo adeudado en materia de salarios, el juzgado no lo encontró demostrado en el proceso, la parte actora no demostró cuáles serían los salarios adeudados en primer lugar, porque no demostró un primer despido que alegó en el 2015, tal despido no está probado en criterio del Juzgado, tampoco cuales los salarios adeudados, porque lo que hace es relación de múltiples incapacidades de más de 180 días y por supuesto que en esos tiempos no es posible condenar al pago de salarios y la actora pide salarios desde 26/01/2010 hasta la fecha que presentó la demanda, lo cual no es procedente y por supuesto, porque relata sobre las incapacidades continuas de la parte actora y no especifica ni determina ni demuestra cuáles son precisamente los salarios adeudados más allá de los que corresponden al tiempo del despido desde el 16 de noviembre del año 2017, hasta el 27 de diciembre de ese mismo año, que está probado que operó el despido y operó el reintegro ese lapso de tiempo en materia salarial, sí debe ser reconocido y pagado por la parte demandada por Acertar Polígrafo y solidariamente por presencia laboral los salarios que se determinaron o se causaron en ese periodo y que valga decir, está demostrado en el proceso que la actora ha devengado durante el curso de lo debatido, el salario mínimo legal mensual vigente para cada uno de esas épocas por lo tanto, ese será el valor que deba pagarse a la fecha de pago.

Las acreencias que se le condenarán en este proceso deben ser indexadas, esto ya que no proceden los intereses que se aduce o pide, pero sí, y aun oficiosamente, si la indexación de indemnizaciones o salarios y prestaciones que no sean respaldados con otra forma de actualización del valor de la moneda, como claramente lo ha pregonado la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en punto de que, aun oficiosamente, es necesario es una exigencia de equidad y justicia, que el juzgador ordene la indexación de las condenas, entonces, las acreencias referidas a primas de servicio y auxilio de cesantías causados desde el 09/04/2015 hasta la fecha de presentación de la demanda y pone 09/04/2018 deberán ser pagadas a la parte demandante debidamente indexadas y se declarará que la las acreencias que surgen de ahí en adelante corresponde su asunción a las demandadas en comento y se absolverá de las demás condenas que se han pedido por las razones expuestas.

Ahora bien observa el juzgado y esto conforme al artículo 50 del CPTSS que en este caso se ha debatido y se ha demostrado lo que hace referencia con la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se demostró que la terminación del contrato del 16/11/2017 se hizo sin que se acudiera al Ministerio de Trabajo para calificar justa causa y encontrándose la demandante en condiciones de debilidad manifiesta por estado de salud, fue debatida en los hechos y demostradas los supuestos fácticos de ese despido ineficaz, son las razones por las cuales el juzgado, ordenará como una orden permanente el reintegro que ordenó el juez de tutela en su momento, disponiendo entonces, de manera definitiva el reintegro mencionado por el cual se había dejado con efectos provisionales, la orden del juez de tutela tendrá efectos definitivos y como se decía, habiéndose demostrado y debatido los supuestos fácticos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para el juzgado es pertinente condenar a la indemnización que allí se solicita que corresponde a 180 días de salario como en el año de 2017, correspondía a \$737.717, esa indemnización tiene un valor de \$4.426.302 que deberá ser indexada al momento de su pago, para las indexaciones, se debe tomar la fecha de causación de cada prestación o en el caso de la indemnización que se acaba de mencionar, la fecha del despido, 16 de noviembre de 2017 y como fecha final, en la que se pague esas acreencias para tomar los IPC iniciales y finales y así actualizar el valor de las condenas que deben ser realizadas.

En estos contornos, entonces será emitida la parte resolutive de la sentencia, declarando la existencia del contrato de trabajo y hay que decir que como no se demostró el cabal cumplimiento de las reglas de las EST, tampoco que se tratará de un contrato por obra o labor contratada conforme a la regla general, se debe tener como contrato a término indefinido y así se declarará entonces desde el 26/01/2010 y que se encuentra vigente ese contrato declarando que durante los periodos de tiempo ya mencionado obraron como meras intermediarias las EST mencionadas, declarando la prescripción en favor de 2 de ellas en cuanto a las condenas, es decir de ASAP SAS, de Humanos internacional SAS y la condena solidaria en contra de Presencia Laboral SAS y Acertar Polígrafo por las cesantías e intereses a las cesantías y prima de servicios causadas desde el 09/04/2015 hasta el 09/04/2018 y declarando el juzgado que las acreencias laborales causadas de ahí en adelante corresponde su reconocimiento y pago a las demandadas en mención, Acertar Polígrafo y Presencia Laboral SAS, la primera como empleadora y la segunda en calidad de mera intermediaria, habrá que declarar también que en uno u otro caso, trátase de Acertar Polígrafo o de Presencia laboral SAS, deberán acogerse a las prescripciones de la ley 361 de 1997, artículo 26 en caso de que opten por dar por terminado el contrato de trabajo la demandante acudiendo para ello al Ministerio del Trabajo, si se dan los supuestos fácticos de la norma en mención.

Excepciones y Costas

Las excepciones de prescripción prosperan parcialmente en la forma ya mencionada, se declarará en ese sentido, se abstendrá el despacho el pronunciamiento sobre los demás medios de excepción.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Presencia Laboral S.A.S.**, recurrió señalando:

Queremos plantear nuestra inconformidad respecto a la condena que se hace por el despido de la trabajadora en razón a su situación médica y fundamentamos lo propio en la jurisprudencia misma de la Corte Suprema de Justicia donde señala como parcialmente lo manifestó el despacho en el fundamento, el porcentaje de calificación solicitada, obsérvese que aquí median dos situaciones importantes respecto a dicha sanción; la primera es la causal objetiva de terminación del vínculo respecto a la terminación de la obra labor como así fue planteado y presentado por el despacho y adicionalmente a que si bien se podía plantear una situación médica de la trabajadora, la misma, no cumplía con los criterios determinados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con una calificación de PCL mayor al 15%, por ello discrepamos de fondo y en derecho de la sanción impuesta a Presencia Laboral por la terminación del vínculo de la demandante en cuanto a declarar ineficaz el despido y de Presencia Laboral, igualmente y respecto al pago de salarios objeto de condena, se solicita en el trámite de la apelación se de por cumplida la obligación, teniendo los elementos que hacen parte del expediente respecto al pago de salarios y a lo mismo manifestado por la trabajadora en su interrogatorio presentado en esta primera instancia.

Referente a la solidaridad planteada con la empresa Acertar Polígrafo, manifestamos nuestra discrepancia en el fallo en que la misma sociedad demandada es quien ha aceptado el abuso de la figura jurídica de las EST, entrar aquí a determinar una solidaridad por parte de Presencia Laboral y de las temporales demandadas corresponderá a que Acertar Polígrafo de mala fe como está probado en el mismo interrogatorio de su representante legal, acepta el abuso de la figura jurídica de las ETS previstas en la ley 50 y claramente se prueba la buena fe por parte de Presencia Laboral en la vinculación de la trabajadora con un desconocimiento de las situaciones anteriores que pudo generar esta misma empresa, Acertar Polígrafo y por lo tanto, traeríamos a colación y de forma clara estas 2 situaciones respecto a la solidaridad y respecto a la ineficacia del despido. obsérvese también el efecto que lo mismo traería en cuanto a generar una situación de solidaridad bajo un contrato que se declara a término indefinido, cuando claramente Presencia Laboral no es parte del extremo laboral inicial de la de dicha vinculación, por tanto, eventualmente los efectos futuros que se puedan desarrollar de dicha vinculación y de dicha solidaridad y dicha naturaleza del contrato a término indefinido en el momento en que bien sea por parte del Ministerio de Trabajo y se autorice la terminación del contrato, girará una situación, por decir lo menos compleja en la determinación de dicha solidaridad, cuando una de las partes, en este caso Presencia Laboral, no está dentro de los extremos laborales de dicho vínculo que se plantea por eso, se reitera nuestra discrepancia a la solidaridad desde la fecha de año 2010 al contrato de trabajo a término indefinido que declara el juzgado.

Respecto a la firmeza del reintegro que se declara por parte del despacho discrepamos también de fondo y fundamentada la misma, en la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, donde para consolidación de fuero médico o la situación médica especial que brinda dicho planteamiento o dicha situación médica de la trabajadora solicitaríamos sea revisado en segunda instancia dicha firmeza del reintegro, no quisiera yo y para ser reiterativo, señor juez amparar dicha o fundamentar la apelación que aquí se presenta pues rápidamente en los mismos planteamientos donde se presentó tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión las situaciones que acabo de resumir rápidamente donde pues no se proyectan y se genera unos extremos laborales claros de la relación laboral que declara solidaridad, una situación es que tampoco se ventilaron en sentencia respecto al tema de la sustitución laboral o de situaciones que con la solidaridad generada podrían verse obligada a mi representada a cumplir cuando no estaba dentro de las líneas de temporalidad completas un permanente respeto de las obligaciones laborales como empleadores por parte de Presencia Laboral de las situaciones que se han venido generado y un respeto del fuero, tanto que hoy la trabajadora, permanece vinculada en Presencia Laboral, con base en las situaciones médicas que se han venido respetando.

Acertar Polígrafo S.A.S., indicó en su recurso:

Frente al artículo primero, el cual declaró la existencia de un contrato de trabajo desde el 26 de enero del año 2010 con mi representada, se debe mencionar que no existe prueba dentro del expediente que se haya prestado de manera personal, el servicio para mi representada, Acertar Polígrafo, por el contrario, se evidencia de hecho que existió un primer contrato con la empresa con la empresa ASAP del 26 de enero del año 2010 al 26 de enero del año 2011 y que sobre este supuesto entonces se habrían respetado los límites de temporalidad entonces, pues no se encuentra argumento alguno por lo menos por parte de este apoderado frente a que se haya decretado el contrato de trabajo de manera directa con Acertar Polígrafo, como lo manifestó el despacho de primera instancia.

Ahora bien, si bien considera el despacho que se dio una violación por parte de mi representada y de las demás codemandadas frente a la temporalidad establecida en la ley, deberá darse después de esta fecha, es decir, después de haberse cumplido el año, por cuando es el primer año, no se castiga por parte de la ley; he de mencionar que, pues para los otros contratos que existieron entre ASAP y la señora Aura Ligia, esto es del 2 de febrero del año 2011 al 1 de febrero del año 2012, del 3 de diciembre del año 2012, del 15 de noviembre del año 2012 y el 19 de noviembre del año 2012 al 15/11/2013, este último con Humanos internacional y a partir del 2 de diciembre del año 2013, se debe tener en cuenta que fueron contratos que efectivamente respetaron la temporalidad de 1 año y que se debieron a circunstancias individuales en ese pico que tuvo la compañía y sobre la cual solicitó sus servicios para estas compañías y que cada uno fue de manera diferente e individual de sus picos en la labor y la productividad que necesitaba Acertar Polígrafo debido al crecimiento que estaba teniendo y que pues no era un crecimiento bastante grande para la compañía y que pues no era tan previsible en un primer momento, es así entonces, cómo se evidencia que se respetaron todas y cada una de las normas laborales frente a la temporalidad con cada una de estas empresas o demandadas.

Frente al numeral segundo de declarar la ineficacia del despido realizado por presencia laboral y en consecuencia, que se declare la solidaridad entre Acertar Polígrafo y el reintegro de salarios y prestaciones desde el 19 de noviembre 2017 a 27 de diciembre del año 2017, se debe tener en cuenta que de acuerdo a las circunstancias fácticas mencionadas, el primer momento, ese contrato de trabajo está únicamente con la empresa Presencia Laboral y fue ésta quien decidió dar la terminación de contrato de trabajo, sin injerencia alguna por parte de mi representada para esa fecha del 16 de noviembre del año 2017 por el contrario, lo que menciona la carta es que mi representada no tuvo vínculo laboral con la demandante y es lo que se mencionó en esa carta que menciona el despacho a folio 158, lo que se menciona es que no se tiene vínculo laboral con mi representada y la señora Aura Ligia; ahora bien, si por determinación de esa carta, Presencia Laboral, decidió terminar una relación laboral eso no es injerencia en mi representada por cuanto es una parte contratante realmente autónoma en sus relaciones laborales; de igual forma, frente al numeral tercero en el que condena la indemnización del artículo 26 de la ley 361 del año 1997 este apoderado comparte las apreciaciones realizadas por el apoderado de Presencia Laboral, por cuanto es claro que el despacho se salió de los supuestos establecidos por la CSJ frente al fuero de salud, por cuanto en ningún momento habla de una debilidad manifiesta; por el contrario, en las últimas sentencias de la Corte de lo que se habla es de que se debe verificar una discapacidad relevante, esto es lo que se ve en sentencias como lo es la SL 2841 de 2020, que también cita el despacho y que se debe verificar si para ese año pues estaba vigente o no el decreto 2463 del año 2001; en consecuencia, es claro y de acuerdo a esa sentencia pues que se debe verificar si existió o no esa discapacidad relevante y es claro que discapacidad relevante, como lo menciona la sentencia, es aquella persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, aquella que tiene una discapacidad relevante puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Sin embargo, estas barreras pueden ser superadas por el empleado realizando ajustes razonables, nótese entonces que en un principio, si bien pudo haber tenido la demandante una discapacidad al momento de desempeñar su labor, pues con la reubicación de archivo que está realizando, ya no la tiene, porque se superaron aquellas condiciones de acuerdo como lo dice la sentencia, adicional a esto, se menciona que la discapacidad relevante es aquella en esa misma sentencia, es aquella que supera el 15% y así soluciona este caso la Corte Suprema de Justicia y brilla

por su ausencia dentro del expediente, alguna calificación realizada por parte de alguna junta o alguna ARL en la que se evidencie que existe esa discapacidad, el 15% para otorgar la protección, es como se solicita al Tribunal que por favor no se salga de los lineamientos establecidos por el superior jerárquico que es la Corte Suprema de Justicia en esta materia.

Ahora bien, frente a la condena del numeral cuarto, pagar las primas, cesantías y demás prestaciones sociales a partir del 9 de abril del año 2015 al 9 de abril de 2018, se debe tener en cuenta que de acuerdo a lo que obra en el expediente, es que la codemandada Presencia Laboral ha venido cumpliendo los pagos de prestaciones sociales y salarios de manera ininterrumpida a la demandante; en consecuencia de sus pagos se encuentra acreditados dentro del expediente se solicita entonces que se absuelva a mi representada si en caso de mantener la condena solidaria de estos pagos por cuanto ya se encuentran realizados por parte de la codemandada Presencia Laboral, a su vez se debe solicitar que se absuelva de la condena impuesta de la sanción de 180 días por cuanto como se mencionó anteriormente no se cumplen los presupuestos para la aplicación y protección de este fuero de salud que allí lo establece; en el mismo sentido en caso de mantener y como se mencionó por parte del juzgado la sentencia de acción de tutela y esta protección, téngase en cuenta que el reintegro se debe realizar por parte de Presencia Laboral y no por mi representada, por cuanto es su verdadero y único empleador de acuerdo a la documental.

Ahora bien, frente a la buena fe de mi representada se debe tener en cuenta que en el interrogatorio de parte en ningún momento se evidencia mala fe por parte de mi representada por el contrario y no es como lo menciona el apoderado de Presencia Laboral que se encuentre actualmente reintegrada por el respeto a ese fuero de salud, sino que se encuentra reintegrada por una acción de tutela originada por un despido, despido que decidió realizar esa compañía de manera unilateral por cuanto era su único y verdadero empleador, en consecuencia las sanciones o cualquier otro tipo de consecuencia jurídica pues deberá ser asumida por esta codemandada.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que no hay discusión en cuanto a la prestación del servicio de la demandante a favor de las EST convocadas, como lo fueron Humanos Internacional EU, Asesores en Selección y Administración de Personal – ASAP S.A.S. y Presencia Laboral S.A.S., quienes fueron convocadas al trámite procesal, aceptaron la vinculación de la demandante con estas en los extremos temporales señalados en la instancia, para que prestara sus servicios a favor de la también demandada Acertar Polígrafo VSA S.A.S.

En punto a la declaratoria de la relación laboral con esta última pasiva y su vinculación a través de sociedades de servicios temporales, se tiene que, la utilización de dicho modo de contratación, debe obedecer a las causales **taxativamente señaladas en la Ley** que regula la contratación a través de EST y que se encuentran previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que indica al efecto:

ARTÍCULO 77. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4330 de 2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas, ha reiterado que existe un actuar defraudatorio, cuando se utiliza la contratación a través de EST, no para el cubrimiento de necesidades temporales y excepcionales de que trata la norma antes transcrita, sino para el cumplimiento de actividades permanentes, así se pronunció al respecto en dicha oportunidad:

En tratándose de vinculaciones defraudatorias o de intermediación laboral ilegal, a través de EST, ambos principios convergen en privilegiar la realidad sobre las situaciones aparentes y, lejos de ser antagónicos, funcionan de manera armónica y complementaria.

En efecto, el principio de la primacía de la realidad, según se explicó, no se limita a una especie de conflicto y mucho menos se puede pregonar su impertinencia en el sub judice, donde se hace necesario revelar el carácter transitorio o permanente de los servicios prestados a una empresa usuaria. Desde luego que en supuestos de interposición ilegal de EST no es técnicamente correcto aludir al «contrato realidad», debido a que no se discute como tal la naturaleza laboral de la vinculación, como bien lo pone de relieve el recurrente. Sin embargo, ello no impide aplicar, desde otra vertiente, este principio para descifrar si las actividades misionales desarrolladas por el trabajador son temporales, según el listado taxativo del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o, por el contrario, permanentes, en cuyo caso la empresa usuaria debe vincular de manera directa a su propio personal.

Fue por ello que el Tribunal, en aras de dilucidar esta cuestión, se apoyó válidamente en el principio de primacía de la realidad sobre las formas para develar la naturaleza del servicio prestado al FNA, especialmente en lo que hace al carácter de la necesidad contratada y su duración. Con ello, su estudio no se limitó a las estipulaciones contractuales, sino que las confrontó con la realidad de su ejecución, lo que le permitió colegir que el actor desempeñó actividades permanentes en favor de la usuaria y no transitorias. Es decir, se instrumentalizó el servicio a cargo de las empresas de servicios temporales para ocultar relaciones laborales continuas y por esa vía reducir costos laborales.

En paralelo, también se comete fraude a la ley en estos casos de intermediación ilegal, cuando formalmente se contratan servicios temporales con EST pero, en la práctica, se desarrollan actividades misionales permanentes, contrariando la finalidad de esta institución, cual es la de satisfacer una necesidad excepcional y temporal a través de un tercero.

En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia y atendiendo a las pruebas recaudadas durante el debate procesal es claro que en el presente asunto y contrario a lo indicado por las recurrentes también en alegaciones, la contratación de la demandante a través de las sociedades temporales demandadas, no se hizo con fundamento en ninguna de las causales indicadas en la Ley, esto se deduce fácilmente de los contratos suscritos por esta y aportados al plenario digital, en los que no se acude para su contratación a ninguna de las labores autorizadas en la norma en cita a través de sociedades de naturaleza temporal, máxime si se tiene en cuenta como lo señaló la decisión recurrida, que la labor ejecutada durante la mayor cantidad de tiempo por la actora, fue la de oficios varios, encargándose de labores de aseo, actividad que claramente, no tiene connotación de temporal ni de excepcional y tampoco se probó que hubiera obedecido como lo indicó Acertar Polígrafo VSA en su recurso a un crecimiento de dicha sociedad que no fue previsible, pues tal circunstancia debió haberse advertido al momento de efectuar la contratación de la demandante, pero ello, no se hizo.

A más de lo anterior, la utilización indebida que tuvo lugar en esta oportunidad de la contratación a través de EST, se corrobora con el hecho de que la actora fuera contratada por tres sociedades de dicha naturaleza, para prestar siempre sus servicios a una misma sociedad usuaria como lo

fue Acertar Polígrafo VSA S.A.S., evidenciándose que su prestación del servicio adquirió la calidad de **permanente** y a favor de una única sociedad como lo fue la antes mencionada, ahora, el hecho de que las vinculaciones con las EST pasivas no hubieran excedido el límite para el efecto previsto en la ley de 6 meses prorrogables por otros 6, no implica como erradamente indica la sociedad en mención en su recurso que no se haya hecho una indebida utilización de la contratación temporal, pues el solo hecho de no ajustarse esta a ninguna de las causales contempladas en la Ley, implica que en la realidad, la contratación de la demandante no obedeció a necesidades temporales, sino que como se dijo, se prolongó en el tiempo con interrupciones muy cortas a favor de Acertar Polígrafo S.A.S., habiendo lugar como lo indicó el juzgador de primer grado a la declaratoria de la relación laboral desde el 26 de enero de 2010 con esta demandada, pues contrario a su afirmación suficiente son las pruebas que determinan que desde dicha data la actora se desempeñó en su favor y se itera, no para cubrir necesidades temporales o excepcionales, pues ello no se probó.

Ahora, en cuanto al argumento de la demandada Presencia Laboral esbozado en su recurso y alegaciones, según el cual, no es responsable solidaria en el pago de las condenas por cuanto no conocía de la intermediación laboral anterior con las otras sociedades, suficiente resulta señalar a este respecto que esta sociedad tampoco probó que hubiera contratado a la actora haciendo uso de las posibilidades señaladas en la Ley para la contratación de personal temporal y por ello, también realizó un uso indebido de dicha figura y contrario a lo indicado en sus alegaciones, se está declarando responsable solidaria, más no se declara sustitución patronal alguna.

Definido lo anterior, se referirá la sala al punto de reproche ateniendo a la estabilidad laboral reforzada que niegan las recurrentes ostenta la demandante, al respecto, ha sido la CSJ, en su labor de unificación de la jurisprudencia la encargada de estudiar el tema de la estabilidad laboral reforzada, siendo su último pronunciamiento la sentencia SL1154 de 2023, M.P. Marjorie Zúñiga Romero. En esa providencia la Corte señaló en relación con el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad lo siguiente:

“(..)

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, **la Sala considera que la discapacidad** se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- (i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.
- (ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». **La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».**

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

“(..)

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar

por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decreta y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

“(…)

Y reitera:

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

- (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;**
- (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y**
- (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.**

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“(…)

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características....”

Claro entonces resulta, que si bien la Corte aclara que la discapacidad no depende de un factor numérico contrario a lo indicado por las recurrentes cuando afirman que la demandante no está calificada con un porcentaje de PCL, destacando que los porcentajes que se utilizaban para la identificación de la discapacidad; previstos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 solo son compatibles para casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el 10 de

junio de 2011 para deficiencias de largo plazo y el 7 de febrero de 2013 para las de mediano y largo plazo conforme a la Ley estatutaria 1618 de ese año: **también lo es que definitivamente y así lo expresa; no puede confundirse la discapacidad con contingencias momentáneas de salud o patologías temporales.**

Esta Sala lo ha venido expresando antes de este pronunciamiento que como bien dice la Corte se hace en su función de unificación de la jurisprudencia; que no desconoce que la Corte Constitucional; también se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP); pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento, o con un posible diagnóstico, se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente.**

Y decimos como en este caso; pues contrario a lo sostenido por el juzgador de primer grado, si bien es cierto está plenamente acreditado, con la documental aportada, que la actora padece epicondilitis, la que fuera calificada como de origen laboral y síndrome de manguito rotador; patologías respecto de las cuales, se emitieron recomendaciones laborales por parte de la EPS y ARL a las que se encontraba afiliada, lo cierto es que en el presente, el despido de que fue objeto, no se torna discriminatorio, tan es así, que si ese hubiera sido el querer de la demandada Presencia Laboral S.A.S., no la hubiera reubicado para desempeñarse en funciones de mensajería, circunstancia que tuvo lugar en julio del año 2017 y que fue aceptada por la demandante en escrito de demanda, allegando prueba de ello, con el otrosí suscrito por esta y la demandada en mención.

Aunado a lo anterior, de las pruebas a que se alude que dan cuenta de la existencia de las patologías en mención, se concluye que empezó a presentar tales padecimientos desde el año 2012, siéndole expedidas en esa data recomendaciones laborales dirigidas a la aquí demandada Humanos

Internacional EU e incapacidades que inician desde el año 2014, conforme lo certifica la EPS Famisanar; no obstante y como quedó probado su despido tuvo lugar hasta el año 2017, razón de más que permite concluir que su despido no se dio en razón a su padecimiento, pues contrario a ello, se observaron las recomendaciones médicas reubicándola en otro cargo, **el que venía ejerciendo cuando se le comunicó la terminación de su vinculación**, y de haber sido este el motivo que generó dicha terminación del vínculo laboral, ello habría tenido lugar desde el año 2014 o en una fecha cercana a esta, que corresponde a la data en que empezó a presentar quebrantos de salud que llevaron a los diagnósticos señalados.

Es así como, en esta oportunidad, no se puede considerar a la demandante sujeto de especial protección, por cuenta de sus condiciones de salud, pues se encontraba laborando para la fecha en que se efectuó su despido sin estar en uso incapacidad alguna.

Ahora y en gracia de discusión si se aceptase que la demandante estaba cobijada por el fuero de salud que alega, lo cierto es que como lo refiere la jurisprudencia antes transcrita, para que opere la protección por cuenta de dicha calidad, el empleador debe **conocer plenamente del estado de salud del trabajador que deprecia dicha condición**; no obstante, en este asunto, no obra prueba alguna que permita concluir que la sociedad Acertar Polígrafo VSA S.A.S., a la que se ordena reintegrar a la actora en virtud de la intermediación laboral indebida cuya existencia se determinó, tenía pleno conocimiento de las patologías de la demandante y menos de las recomendaciones para el cumplimiento de sus labores, pues las que fueron expedidas por la EPS Famisanar, Cafam y Axa Colpatria, se dirigen a la sociedad Presencia Laboral S.A.S. y como se dijo, a Humanos Internacional E.U., pero ninguna a Acertar Polígrafo y no obra prueba alguna que permita concluir que dicha sociedad tuvo conocimiento de tal estado de salud, razón de más que impide activar la garantía foral deprecada, al no cumplirse con los requisitos previstos para el efecto, lo impone **REVOCAR** los numerales SEGUNDO y TERCERO de sentencia recurrida, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas del reintegro ordenado y el pago de salarios y prestaciones derivados de este, así como la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997.

Por último, en punto a la condena impuesta por concepto de primas de servicio y auxilio de cesantías que reprocha Acertar Polígrafo VSA S.A.S., la sola afirmación de haberse efectuado el pago de estos conceptos por parte de Presencia Laboral S.A.S., no resulta suficiente para absolver de dicha pretensión máxime cuando no indicó si se omitió la valoración de alguna prueba que acreditara dicho pago y se itera, la sola afirmación en tal sentido, no es suficiente.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de sentencia recurrida, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas del reintegro ordenado y el pago de salarios y prestaciones derivados de este, así como la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997.

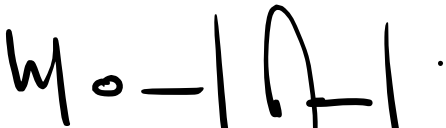
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Bogotá
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

ORDINARIO No. 17-2021-162-01

ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO

DEMANDANTE: EDGAR LÓPEZ PÉREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y JUNTANACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra el auto proferido por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintiséis (26) de julio de dos mil vientos (2023), por medio del cual se negó decretar de oficio una prueba, específicamente un dictamen pericial aportado por la parte demandante. (Expediente Digitalizado).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante.

HECHOS

El señor **EDGAR LÓPEZ PÉREZ**, presentó demanda en contra de **COLPENSIONES, Y LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, para que mediante el

trámite de un proceso ordinario laboral se le reconozca pensión de sobrevivientes en su calidad de hijo invalido, del fallecido **ELIECER LÓPEZ BENAVIDEZ**, declarando que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral fue el 1 de septiembre de 1966 y solicitando el reconocimiento y pago de prestaciones desde esa fecha. (Expediente Digitalizado).

En la audiencia del artículo el Juez tomó la decisión que hoy revisa la sala, manifestando que: *“..Observa el despacho que a través de memorial allegado el 1 de junio del presente año, la apoderada del demandante aporta dictamen pericial, en el cual se hace un análisis de las patologías que presenta el demandante y solicita se decrete de oficio este dictamen pericial, dándole el valor probatorio que la ley prevé. En este punto, debe el despacho recordar que las oportunidades procesales que tiene la parte demandante para aportar, aducir y solicitar pruebas, se encuentran claramente definidas en las normas procesales, siendo la primera de estas, con el escrito de demanda, oportunidad en la cual, la parte debía allegar las pruebas que pretende hacer valer, de igual forma, el artículo 28 del CPTSS, consagra la posibilidad de reforma a la demanda y solicitar también nuevas pruebas dentro de dicha oportunidad, se observa que ninguna de dichas oportunidades fue aprovechada por la parte interesada para aportar este dictamen, ni siquiera en la diligencia pasada de decreto de pruebas, la parte demandante hizo uso de la posibilidad de solicitar el decreto de dicha prueba, **resultando claro que la oportunidad para solicitar y allegar pruebas, se encuentra precluida para la parte demandante, por lo que se negará dicho decreto, menos acudiendo a la solicitud de pruebas de oficio, que recordemos es una atribución que la ley otorga al operador judicial cuando se trate de esclarecer hechos y no cuando medie solicitud de una de las partes...**”*

Inconforme con esta decisión la apoderada de la parte demandante presentó:
“...conforme a la parte fáctica, este extremo pretende y no demandó la eficacia del dictamen de la junta Regional, sino lo que se pretende es la modificación de la fecha de estructuración, que se determine que esta es diferente a la consignada en el dictamen emitido por la Junta Nacional, para ello, este extremo aportó historia clínica que da cuenta de la existencia de la poliomelitis al año y medio de edad del demandante; sin embargo existe deficiencia probatoria, máxime cuando en esta audiencia, los oficios que se requirieron al archivo central y clínica Roosevelt, son negativas frente a la historia; en ese sentido, también es cierto que en materia de dictámenes periciales, ubicar un profesional idóneo, experto que dé un dictamen no es fácil para las partes y esa es la razón por la que este extremo no pudo aportarlo en las etapas indicadas por el juez, por ello sólo hasta el momento en que se aportó entendiendo que las etapas procesales se encontraban vencidas, este extremo lo aportó. Esta solicitud no es caprichosa porque está amparada conforme el artículo 54 del CPTSS, adicional a ello, la sentencia SL 951 de 2020, allí la Corte Suprema manifestó que, en esta situación particular, el derecho laboral no es un derecho rígido y se debe garantizar los derechos fundamentales de los extremos procesales, es decir, la argumentación del juez es contraria a dicha garantía, ya que no existe rigidez frente a la valoración probatoria, debiendo el juez hacer uso de su facultad probatorio para decretar pruebas cuando se evidencia insuficiencia probatorio, que es lo que ocurre en este caso y el dictamen pericial fue emitido por una persona que conoce de la patología, aportó pruebas de haber colaborado para la eliminación de la poliomelitis en Colombia, siendo quien puede dar concepto acerca de la fecha de estructuración de esta patología. Conforme a ello, en garantía del derecho procesal y sustancial del demandante, se debe incorporar la prueba”

CONSIDERACIONES

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

Acorde a lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez dirigirá el proceso en forma que garantice su rápido adelantamiento, sin perjuicio de la defensa de las partes. **Por su parte el artículo 53 ibídem lo faculta para rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito, pero además también lo “faculta”, en el artículo 54 del mismo ordenamiento para decretar todas aquellas que considere sean indispensables para el esclarecimiento de los hechos.**

Bajo este esquema, si bien es claro, que el Juez Ordinario debe desarrollar sus facultades de orden legal, con miras a adelantar el debate procesal en forma tal que transcurra sin complicaciones y con la garantía de principios tales como la celeridad y la economía procesal, sin perjudicar eso si los derechos de las partes en su legítima expectativa de encontrarle respaldo probatorio a sus afirmaciones y pretensiones durante el juicio; también lo es; que ello sucede lógicamente sin olvidar; que si se trata de pruebas de oficio, **estas son una facultad**; y es por ello que la norma indica de manera clara: “ **Además de las pruebas pedidas, el Juez podrá**”; lo que sucede solo y únicamente si considera que en verdad son indispensables, esta facultad es o del Juez de primera instancia o del Juez colegiado pues así lo permite el artículo 83 de nuestro ordenamiento procesal, sin que pueda como se pretende que esta se convierta en apoyo de decreto de pruebas, pedidas fuera de las oportunidades procesales, de obligatorio cumplimiento; esto es demanda y contestación y más cuando hecho el análisis, como en este caso sucede; se reafirma, que esta facultad surge cuando el Juez considere indispensables medios probatorios para el completo esclarecimiento de los hechos y no cuando la parte así lo considera; más en casos como este en donde una de las demandadas es la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, que según reiterados pronunciamientos, es el organismo encargado de realizar los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, toda vez que se trata de un asunto de seguridad social; por tanto sus pronunciamientos, no son considerados como dictámenes periciales comunes, **pues el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, grado de invalidez, origen de las patologías, incluida fecha de estructuración tiene expresa regulación legal, corresponde en primera instancia a las ARL y EPS y en caso de inconformidad ante las Juntas Regionales de Calificación y en subsidio ante la Junta Nacional de Calificación tal como se señaló desde la expedición de la ley 100 de 1993, con las posteriores modificaciones legales; exigiendo para su contradicción las pruebas adecuadas, que se itera, tal y**

como lo ha señalado esta Sala en diferentes oportunidades, no es cualquier tipo de dictamen como lo pretende la parte demandante en recurso y alegaciones, sino por ejemplo el envío a otra Sala de decisión, asunto que se trae en gracia de discusión, pues se itera, solo el Juez determinará cuando ejerce su facultad oficiosa; por lo que se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 19-2018-395-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: OMAR ALIRIO ALFONSO

DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
OCCIDENTE

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de agosto de 2022 proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor OMAR ALIRIO ALFONSO por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 5 de septiembre de 2011 al 11 de enero de 2017, que ostentó la categoría de trabajador oficial; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la pasiva a pagar

a su favor las diferencias salariales entre los trabajadores de planta que desempeñan el cargo de conductor, trabajo suplementario, indemnización por despido injusto, cesantía, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, prima semestral, compensación en dinero de vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación familiar, devolución de los descuentos realizados con destino a la DIAN, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indemnización prevista en el parágrafo 1 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, indemnización del decreto 797 de 1949, indemnización por no consignación a fondo de cesantías, sanción por falta de pago oportuno de interés a la cesantía.

Fundamento sus pretensiones señalando laboró de manera ininterrumpida para el Hospital Pablo VI Bosa desde el 5 de septiembre de 2011 al 1 de enero de 2017 en el cargo de conductor, a través de órdenes de prestación de servicios sucesivas, que devengó como último salario la suma de \$1.400.000, cumpliendo un horario entre las 7:00 a.m. a las 5:00 P.M., que ejecutaba funciones propias del manejo de vehículos de propiedad del hospital, presentación de informes respecto de la operación, mantenimiento y todo lo relacionado con dichos vehículos, transporte de funcionarios, suministros, equipos o materiales a sitios encomendados, pago de facturas, recolección de correspondencia, entre otras.

Afirma que sus superiores en el hospital en mención fueron las doctoras Ailen Chacón y Alma Alcira, esta última se desempeñaba como subgerente del Hospital, que su salario era consignado en su cuenta bancaria mensualmente, se le exigía afiliarse como independiente al sistema de seguridad social, se le descontaba mensualmente sumas por concepto de retención en la fuente e impuesto ICA, le fue expedido carnet que lo identificaba como trabajador del Hospital, el que debía portar de manera obligatoria, que durante el tiempo de vinculación, no le fueron otorgadas vacaciones ni compensación en dinero de estas, que durante los 6 años en que estuvo vinculado con la demandada, suscribió de manera sucesiva e ininterrumpida contratos de prestación de servicios, prórrogas y adiciones a los mismos, lo que hizo en aras de conservar su trabajo, que siempre estuvo a órdenes exclusivas del Hospital de Bosa, no podía delegar las

funciones a él asignadas, las que desempeñó con las herramientas proporcionadas por el Hospital.

Que tuvo compañeros que cumplían las mismas funciones estando directamente vinculados al hospital y quienes disfrutaban de todas las prestaciones legales y extralegales, además de las convencionales, que no se le informó respecto de la decisión de terminar su vinculación, lo que se hizo de manera verbal en enero de 2017, que el 28 de septiembre de 2017, presentó reclamación ante la demandada para el pago de prestaciones sociales por el tiempo laborado, la que fue respondida de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma, la Subred demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 9, 11, 12, 15, 16, 29, 34 a 39, parcialmente los No. 1 a 3, 13, 14, 17, 18, 26 y negó los demás, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y la obligación, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, inexistencia de convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados por las partes y cosa juzgada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y la demandada, existió una verdadera relación laboral regida por un contrato de trabajo vigente entre el 5 de septiembre de 2011 al 1 de enero de 2017, desempeñando el cargo de auxiliar operativo en el cargo de conductor, con un último salario mensual de \$1.400.000, contrato que se declarará sin solución de continuidad, a efecto de lo cual, se condena al pago de las siguientes sumas de dinero a su favor:

- A) \$5.336.277 por concepto de cesantías debidamente indexadas.
- B) \$5.336.277 por concepto de prima de navidad.
- C) \$5.167.526 por concepto de vacaciones
- D) \$5.167.526 por concepto de prima de servicios.
- E) \$46.667 diarios desde el 1 de abril de 2017 hasta por 24 meses, valor que asciende a la suma de \$33.600.240

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. (...)

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez:

De las premisas fácticas se tiene que está acreditada la existencia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes en una certificación que obra en el folio 48 del expediente expedida por la Unidad Funcional de Talento Humano y la Unidad de Prestadores de salud Pablo Sexto Bosa que acreditó también el cargo de auxiliar operativo que desempeña el aquí demandante, se acreditó la Convención colectiva de trabajo, constancia de depósito, se acreditó el acto administrativo, mediante el cual se resuelve la reclamación administrativa que hace el aquí el demandante, se acreditó los contratos mediante la certificaciones de fecha 04/03/2016 y 25/03/2016, el pago de la seguridad social, según reporte los pagos de planillas de seguridad social del mes de septiembre 2011 a enero 2017; frente a los interrogatorios de parte se recuerda absolvió el señor Omar Alirio Alfonso Heredia, quien manifestó que trabajó para el Hospital Pablo Sexto, ingresando el 5 de septiembre del año 2011 y finalizó en enero del 2017, que el cargo que desempeñó fue el de conductor de gerencia y subgerencia de esa entidad, transportando los directivos a los sitios a donde requerían que fueran desplazados y ante los interrogantes realizados por el apoderado de la parte demandada, indicó que los objetivos de los contactos era hacer el conductor y dentro de sus labores, sacar el vehículo, recoger a la gerente y posiblemente la subgerente y en el transcurso del día hacer las diligencias como radicar correspondencia de coberturas de laboratorio y por la tarde volvía a recoger a las directivas y los llevaba a sus respectivos hogares; también indicó que la gerente y subgerente eran las que disponían qué debía hacer durante el día y que el supervisor era el que le decía que debía colaborar con esas funciones asignadas, y si bien firmó los contratos, lo hizo por necesidad de trabajo, se refiere a los contratos por prestación de servicio, que era cierto que para el pago de sus labores, realizaba un formato que llenaba, de hora a hora y que por obligación le tocaba pagar su salud, pensión, ARL y una póliza denominada riesgos y si no pagaba eso, no le pagaban el sueldo, que era consciente que la Subred no tenía la obligación de pagar prestaciones u otro beneficio convencional, pero por obligación, falta de trabajo y dinero aceptó esas condiciones inicialmente ofrecida.

El despacho preguntó la razón de la terminación del contrato, a lo que manifestó que hubo una ley que salió, iban a sacar la mitad del personal y que solo iban a dejar a personal de planta y como él no era de planta, sino de contrato, decidió retirarse y el otro motivo fue que subieron las parafiscales, además porque le tocaba desempeñar o manejar cuatro vehículos, lo cual consideraba una carga laboral excesiva, que nunca podía delegar sus funciones por cuanto al ser un auxiliar operativo, no tenía voz ni mando, aclaró que en la planta no había sino 1 o 2 conductores, que nunca faltó al trabajo y de los días de la semana trabajaba de lunes a viernes y los sábados trabajaba en una ruta de la salud, así denominada y consistía en llevar usuarios a los diferentes hospitales y que recibía igualmente allí las órdenes de la jefa de transporte, que también dependía de la gerencia y subgerencia, que los vehículos que manejaban eran oficiales y para el año 2011 empezó a trabajarle a la gerente y posiblemente a la subgerente y finalmente en la conocida ruta de la salud, que los contratos que firmó siempre fueron continuos y nunca hubo interrupciones.

Frente al cuestionario que absolvió el representante legal indicó que el demandante celebró con esa entidad el contrato de servicios de apoyo de gestión y en cumplimiento de este se procedió a la ejecución de las actividades pactadas como conductor, el demandante no ostentó la calidad de servidor público, que el pago de los honorarios pactados se realizaba luego de la ejecución de sus actividades acordadas en cada uno de los contratos, que el demandante no tenía jefes y que las actividades de tiempo, modo y lugar para la ejecución de sus actividades pactadas en cada uno de los contratos eran acordadas entre el demandante y el supervisor designado por la administración para la verificación correcta de la ejecución allí pactada.

De los testimonios decretados se recuerda que se recepcionaron los solicitados por la parte actora, como fue el de Olga Lucía Gómez, quien describió en forma detallada lo siguiente; señaló que conoce al demandante desde el año 2015, que actualmente es auxiliar de enfermería y trabaja para el Hospital Mario Gaitán, que conoció al demandante en el Hospital Pablo Sexto Bosa, en la ruta de salud cuando él hacía turnos viéndolo transportar a la gerente y realizar labores de correspondencia, que no está segura hasta cuándo fue que laboró y las preguntas realizadas por el apoderado de la parte demandante, indicó que le consta que en el hospital también había empleados de planta, que realizaban las nuevas funciones que realizaba el aquí demandante, que recuerda un señor de nombre

Luis, el cual transportaba la gerente y siempre manifestó que él era de planta, que recuerda que todos portaban Carnet vestían una chaqueta con el nombre del hospital, frente a las funciones desempeñadas por el demandante, le consta que él manejaba la ruta de la salud, también que recogía muestras de laboratorio y de transportar a la gerente del hospital, que tenía también conocimiento que para los vehículos Institucionales quien proveía el combustible era el hospital, para aquellos vehículos particulares era el mismo conductor dueño del vehículo, recordando que el señor Omar no era el propietario del vehículo de la gerencia, recuerda que el turno que se debía cumplir por parte del demandante era de 7:00Am a 5:00Pm y lo asignaba el coordinador; también indicó que tuvo conocimiento que el demandante le daban órdenes, pues recuerda una oportunidad en la que lo llamaron a darle unas directrices para ir a recoger a la gerente, respecto del tema del salario del demandante, indicó no tener conocimiento cuánto era que él recibía, pero recuerda que el pago era mensual y cada persona tenía una cuenta y a través de ella era que le hacían llegar ese sueldo, también dice que sabe que el vínculo que unió al demandante era un trabajador independiente, el mismo tenía que pagar su EPS, que respecto del señor Luis recuerda que el ganaba más y si recibía todo completo, que para poder pedir un permiso se debía hacer de forma anticipada y tenía forma de conseguir una persona que supiera para poder ausentarse; finalmente, que desconoce la razón por la cual se desvinculó el demandante, indicó que sus funciones las hacía por fuera del hospital, que le consta que cuando trabajó en la ruta de la salud lo hizo con el señor de nombre Omar y eso fue durante 2 años, le consta el horario porque el demandante trabajó con ella y ella le tocaba cumplir el mismo horario que él.

El testimonio que absolvió Luis Antonio Muñoz Medina, indicó en audiencia conocer al demandante desde hace más o menos desde el año 2003 al 2015, cuando laboraron en la misma entidad que en la actualidad es auxiliar administrativo laborando para la Subred suroccidente, el demandante manifestó que cuando lo distinguió él laboraba como conductor, para ello tenía que portar una chaqueta con el logo del hospital, que no tiene conocimiento de las razones por las cuales el demandante no siguió laborando al servicio del hospital, que de planta solo distinguió a una persona que prestaba el servicio como conductor, que conoce que la persona de planta tiene todas las garantías de ley y los que están por prestación de servicios, pues no las tienen, que el demandante como conductor y funcionario no podía delegar sus funciones a otras personas sino a través de sus Jefes, quienes serán los que pueden realmente delegar las funciones, que se imagina que las órdenes que le dieron al demandante eran por parte del gerente y que los vehículos que manejaba el demandante recuerda que uno era institucional y el otro era un particular, que era contratado por el mismo hospital, recordando como tal que el combustible para mover esos vehículos lo proveía el hospital, que hasta donde tuvo conocimiento, recuerda que el demandante trabajó por prestación de servicios y para que le pagaran tenía que abrir una cuenta para depositarle su salario, que quienes cubrían la seguridad social eran los mismos contratistas que para el caso del señor Omar cree que él estaba a órdenes de la gerencia, era el despacho quien le daba, pues esas órdenes que las funciones que desempeñó el demandante las hizo de forma continua y no le consta que a él le hubieran llamado alguna vez la atención.

Frente a la naturaleza jurídica de la demandada, la Subred Integrada de Servicios de salud Suroccidente conforme el acuerdo 649 de 2016 que expidió el Consejo de Bogotá, es una entidad pública descentralizada con categoría especial del orden distrital, con autonomía administrativa, personal, jurídica y patrimonio propio conforme al numeral quinto del artículo 195 de la misma ley 100, las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, de tal suerte que por regla general son empleados públicos, salvo quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en las mismas instituciones, los que para todos los efectos serán trabajadores oficiales, frente a la reclamación administrativa; se cumplió con este requisito de posibilidad, según se desprende de la documental que vemos en los folios 38 y 43 del expediente que se encontraba la petición del 28/09/2017 que elevó el demandante de la demandada sobre el tema objeto de esta litis, sobre sus pretensiones.

Frente al contrato de prestación de servicios no fue materia de discusión la circunstancia de la prestación de servicios personales del demandante a la demandada Hospital Pablo Sexto, Red Integrada de Servicios de salud Suroccidente en virtud de los contratos de prestación de servicios referidos, en desarrollo de los cuales, el demandante realizó las

actividades de auxiliar operativo en el cargo de conductor, suscritos desde el 05/09/2011, percibiendo como última retribución unos honorarios pagaderos mensualmente en la suma de 1.400.000 mil pesos, contrato que finalizó recuerda el 1 de enero del año 2017, según el material de prueba, en el caso concreto de acuerdo con los parámetros establecidos en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, se determina que “son contratos de prestación de servicio los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requiera conocimientos especializados, en ningún caso esos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales”; de la citada norma se tiene que en el contrato administrativo de prestación de servicios la actividad humana que la persona natural se obliga a ejecutar en favor del ente público no puede realizarse bajo la continuada dependencia o subordinación de este último, por manera que la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exija las notas del contrato de trabajo habida cuenta que de crearse un acto semejante, de producirse esta mutación en ese sentido, se ingresa en el campo de ese típico contrato administrativo y en la ilegalidad de la correspondiente actuación o práctica administrativa y perjuicio de los derechos y garantías de trabajo que aún bajo ese supuesto haya podido efectuar.

Sabido es que el contrato de prestación de servicio se celebra por el Estado en aquellos casos en los que la actividad de la administración no puede ser ejecutada o cuando se necesitan conocimientos especializados; pretenden el demandante se declare la relación jurídica con el Hospital Pablo Sexto Bosa, estuvo regida por un contrato de trabajo único vigente 25 septiembre del año 2011 al 1 de enero 2017, a fin de definir la cuestión, nos remitimos a las normas que regulan los contratos de trabajo y los elementos del mismo, como es el artículo 1 de la ley 6 del 45 y el decreto reglamentario 2927 del 45, se recuerda la ley 6 del 45, artículo 1 dispone “hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante una remuneración y quien recibe tal servicio no es por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona o personas que dejan de ejecutarla y sin que estas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrón” y el decreto 2125 de 1945 refiere: “se entiende por el contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajo y el patrono en razón de la cual quedan obligados recíprocamente el primero a ejecutar una o varias obras o prestar personalmente un servicio intelectual o material en beneficio del segundo y bajo su continua dependencia, y este último a pagar aquel cierta remuneración, el artículo segundo: en consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que conjura 3 elementos;

A. Actividad personal del trabajador, estudio realizado por sí mismo.

B. La dependencia del trabajador respecto al plan patrono que otorga este la facultad de imponer una regla, un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, lo cual debe ser prolongado y no instantáneo ni suplemento ocasional.

C. el salario como retribución del servicio”.

Desde la anterior óptica, es fácil colegir que los trabajadores oficiales también se encuentran amparados por el principio del contrato realidad, en lo que conduce a la necesidad de verificar si en la vinculación de prestación de servicios del actor se presentaron o se dieron esos elementos del contrato de trabajo para así determinar si se trata de una relación laboral o de una independiente, máxime cuando en su favor opera la posición legal que lo fue mediante el contrato de trabajo, habiéndose ya establecido y ya descendiendo al debate probatorio, el acervo que obra en el expediente se cuenta con los testimonios de Olga Lucía Gómez y Luis Antonio Muñoz Melo, quienes fueron unánimes en indicar que conocían al demandante y que las actividades que realizaba eran las de conductor al servicio de la aquí demandada, relatando que la manera de retribución por el cumplimiento de las funciones eran pagos mensuales realizados en las cuentas personales de cada uno de los contratistas o trabajadores, manifestaron igualmente que el demandante laboró bajo la subordinación de la demandada, pues recibía órdenes de sus superiores y quienes eran en ese momento la gerente y la subgerente del hospital, que para poder ingresar a las instalaciones del hospital se tenía que portar un carnet y una chaqueta con el logo del hospital que los acreditaba como trabajadores de allí, que le

consta que la vinculación que tuvo el demandante fue de prestación de servicios y respecto a la terminación, no tiene mayor conocimiento.

Declaraciones que brindan total credibilidad al despacho, ya que los deponentes son conocedores de los hechos por ser compañeros de labores del aquí demandante aunado a lo anterior, no logró la parte demandada acreditar que los diversos contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, así como las certificaciones que fueron expedidas a más desvirtuar que el tiempo durante el cual el demandante prestó sus servicios bajo tal denominación fueron totalmente autónomos e independientes, como lo manifiesta, por el contrario para el despacho dada la naturaleza de las funciones que desarrolló aquí el demandante no estaban dotadas precisamente en una autosuficiencia en su ejecución, claramente el guardar relación con funciones mecánicas y una especialista debían necesariamente recibir órdenes frente a la ejecución del puesto para que transportara directivos y realizar funciones de entrega de materiales de laboratorio, necesariamente contaba con que las órdenes salían de un superior, ya que es claro que para esta estancia el actor no tenía una autonomía e independencia para realizar las funciones que le fueron asignadas por dicho hospital, igualmente, se les reiteraba el jefe de automotores de la entidad, conforme se desprende de las declaraciones que fueron rendidas por los testigos; tampoco logró la parte demandada probar que la contratación del aquí demandante no tuvo por objeto cubrir necesidades temporales o de urgencias del hospital, ya que aun cuando los contratos de prestación de servicios citados fueron celebrados a plazo determinado lo cierto es que su labor fue habitual sin que se presentaran interrupciones entre uno y otro contrato, advirtiendo en todo caso que era de su resorte la carga de la prueba como lo fue el artículo 123 del CGP y la presunción de legalidad que se aplica a este tipo de controversias ya que de las pruebas reseñadas y valoradas en su conjunto bajo los presupuestos de la sana crítica, es posible afirmar que el gestor de este proceso estuvo sujeto en la prestación de un servicio personal como contratista al cumplimiento de horario y de órdenes manifestadas en la obligatoriedad en la aportación del carnet, de la chaqueta con el logo del hospital, estas últimas que en momento alguno pueden confundirse con meras instrucciones por la sencilla razón de que la Independencia inherente a los contratos de prestación de servicios ante la habitualidad y las funciones propias del cargo que fue desempeñado por el aquí demandante, como quiera que lo que se controvierte en este proceso no es la forma de vinculación del aquí demandante, lo que evidentemente lo fue mediante los contratos de prestación de servicios, habrá de declararse que en desarrollo de estos se presentó el elemento subordinación que aunado a la prestación de personal de servicio y a la remuneración que recibió el aquí demandante hacen que en realidad se pueda tener al señor Omar Alirio Alfonso Heredia como un trabajador dependiente del aquí demandada.

En consecuencia, procede el despacho a estudiar las pretensiones de la demanda; así, frente a la existencia del contrato laboral la pretensión está llamada a prosperar y se impone declarar que entre las partes que existió una verdadera relación laboral regida por el contrato de trabajo vigente, entre 5 de septiembre del año 2011 al 01 de enero de 2017, desempeñándose como auxiliar operativo en el cargo de conductor, con el último salario mensual, la suma de \$1.400.000, en el contrato que se declarará sin solución de continuidad. En cuanto a las demás pretensiones derivadas de la existencia del contrato de trabajo deprecadas en el libelo procedentes de estudios, conforme a lo siguiente: frente a la aplicación de la Convención colectiva de trabajo, solicita que el demandante que, con base en lo dicho en la Convención colectiva de trabajo debidamente aportada al proceso, se reconozcan sus pretensiones en razón de su condición de trabajador oficial vinculado al hospital; al respecto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en casos similares como el que aquí se discute, puntualizando que basta demostrar la calidad de trabajador oficial y no haber renunciado a los beneficios de la Convención colectiva de trabajo antes citada para ser beneficiario de la misma; así las cosas, resulta oportuno traer al proceso a colación la jurisprudencia expuesta en la sentencia, la del radicado 83759 del 01/07/2009, por lo anterior, y conforme ya las pruebas obrantes en el expediente 244 y 245, en cuanto que se pueda las solemnidades que se requieren para poder aplicar una convención colectiva de trabajo en un juicio, el juzgado reconocerá los derechos convencionales al aquí demandante en cumplimiento del criterio jurisprudencial citado, de manera que teniendo clara la procedencia de la aplicación de la Convención colectiva en favor del aquí demandante, el despacho establecerá y cuantificará qué beneficios prestacionales le asisten en calidad de trabajador oficial vinculado al servicio de la demandada.

Sin embargo, para proceder a realizar las operaciones aritméticas y determinar el monto de las prestaciones sociales, indemnizaciones que se habrán de decretar, es necesario pronunciarse sobre la excepción de prescripción, que fue propuesta por la demandada, en lo referente, cabe mencionar que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en anteriores oportunidades que ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que ese fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la entidad demandada, sin embargo, dicha corporación planteó ese criterio, por las razones que a continuación se explica, el superior manifestó que en conformidad con algunos estatutos que han regido en esta materia, los derechos protegen al cabo de determinado tiempo o plazo, contado a partir de la fecha en que estos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno, pero en situaciones en las cuales no hay fecha a partir de la cual se puede predicar la exigibilidad del Derecho, no es procedente sancionar el beneficio con la prescripción o extinción del derecho que se reclama, en estos asuntos, en los cuales se reclaman derechos laborales, no obstante, mediar un contrato de servicios no hay un referente para afirmar la exigibilidad de asignaciones o pretensiones distintas al valor pactado en el contrato, es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicio, que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacional, porque conforme a la doctrina, esta es la que se denomina sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella y por ende, la morosidad empieza ya a contarse a partir de la ejecutoria de esa sentencia. Por lo anterior, se declarará que no está probada la excepción de prescripción alegada por la aquí demandante.

Frente a la reliquidación de salarios y demás conceptos devengados fundamentada está la petición por parte del actor en el sentido de una vez establecido la existencia de un sólo contrato de trabajo, no solo se le liquiden sus salarios en atención al salario devengado por el trabajador de planta que efectuaba sus mismas labores por tener esta condición una remuneración superior, deben de efectuarse el incremento, tomando como ingreso Base de cotizaciones, el salario devengado por un trabajador de planta como conductor, las mismas están llamados al fracaso como quiera que la parte demandante no logró acreditar ese salario devengado por un trabajador de planta que desempeñara las mismas funciones que hizo el aquí el demandante, lo cual se tornaba necesario para poder establecer con certeza cuál era la existencia de eventuales diferencias en las mismas que debieran ser asumidas por la entidad demandada, yo vuelvo y reitera de acuerdo al principio de la carga de la prueba, por lo que sea absolverá sobre esta súplica.

Frente a las cesantías causadas durante todo el tiempo de la prestación del servicio, esta prestación se liquida como lo prevé el artículo 45 del Decreto 1045, los salarios base para liquidarlos son: 2011: \$535.650, 2012: \$566.602, 2015 \$644.550, correspondiente a los salarios mínimos de la época, pues el expediente no obra certificación de lo devengado por el demandante para esos periodos y dentro de los contratos ejecutados para el 2013: \$1.370.000, 2014: \$1.200.000, 2015: \$1.386.476 y 2016: \$1.400.000, obtenidos de promediar pues los ingresos devengados mes por mes, conforme a la certificación que militan en los folios se recuerdan 48 y 52 del expediente, se efectúa las respectivas operaciones por este concepto se tiene la suma de \$5.336.227, lo cual será condenada la parte demandada y deben ser indexadas al momento de materializarse el pago de esa suma.

Frente a los intereses de las cesantías causados a los saldos que arroje la liquidación de auxilio de las cesantías año por año, frente a esos intereses que aquí se pretenden, no existe norma legal que lo reconozca a los trabajadores oficiales, pues el artículo 33 del decreto 6818 modificado por el artículo 3 de la ley 4175, los consagra a cargo del Fondo Nacional y solo conforme el artículo 1 de la Ley 5275 procede para el trabajador del sector privado, por lo que no se accederá a esta súplica del pago de la indemnización.

Frente a la prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de Navidad y prima de servicio aquí se pretende, pues de la prima de antigüedad y prima de vacaciones, no encuentra el juzgado fundamento legal que sustente este reconocimiento, pues el decreto 1919 del 2002 se encuentra dirigido a empleados públicos mas no trabajadores oficiales como el caso del demandante, de ahí que no se accederá a esas súplicas, máxime cuando la parte demandante no se ocupó demostrar la norma en la que soportaba aquella, igualmente, las primas de servicios tampoco encuentran fundamento legal toda vez que el decreto 104261 solo se aplica a empleados públicos del sector Nacional, siendo la

entidad demandada de orden distrital y el demandante trabajador oficial como se ha venido reiterando; suerte contraria corre la primera navidad, la cual sí encuentra sustento legal en el artículo 11 del Decreto 5168, que equivale a un mes de sueldo a 30 de noviembre de cada año y se paga en la primera quincena del mes de diciembre si el trabajador no ha laborado el año completo, tiene derecho a la doceava parte por cada mes completo de servicios que se le liquida con base en el último salario, razón por la cual se accede a esta pretensión, ordenando el pagó de la suma de \$5.336.277 que se deben indexar a la fecha en que se haga efectivo el pago; entonces tenemos así 2011 por primera Navidad, 115 días que son \$168.751, por 2012, \$566.700 pesos, por 2013 \$1.370.000, por 2014 \$1.200.000, por 2015 \$644.750 y por 2016 \$1.386.476, para el total de \$5.336.277.

Vacaciones: con el artículo 8 del Decreto 1045 del 1978, establece que los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a los 15 días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, correspondiendo la suma de \$5.167.526, suma que se debe indexar también a la fecha en que se haga efectivo el pago. Frente a la prima de servicios, artículo 51 decreto 104168, los funcionarios, a quienes se le aplican el presente decreto tendrán derecho a una prima de servicios anual que equivale a 15 días de remuneración que se pagarán en los primeros 15 días del mes de Julio de cada año, correspondiendo a la suma de \$5.167.526 que se deben indexar también a la fecha que se haga efectivo este pago.

Frente a horas extras nocturnas, recargos nocturnos, dominicales también solicita aquí el demandante se condene a la entidad al pago de horas extras nocturnas, recargo nocturno dominicales, toda vez que la concesión de este tipo de emolumentos se encuentra supeditada a la demostración por parte de quien la alega haciendo uso del principio de la carga de la prueba que está en el artículo 156 del CGP, de ahí que revisado el expediente, se advierte que el demandante más allá de denunciar esas pretensiones no logró demostrarlas pues no aportó pruebas o documental que por lo menos acreditara los días de su eventual causación a efecto de su liquidación, siendo por tanto insuficiente la sola afirmación al carecer de sustento probatorio; asimismo, los testimonios dieron al juzgado una certeza frente a la causación, y los días que eventualmente los haya laborado el aquí demandante razón por la cual al no contar con esos elementos suficientes que permitan un reconocimiento, no queda otro camino que absolver a la demandada de esta pretensión.

Auxilio de transporte, alimentación y bonificación por los servicios prestados, el auxilio de transporte, la alimentación, están consagrados para empleados públicos en los artículos 50 y 51 del Decreto 1041 del 68, de ahí que no encuentra fundamento legal que sustente esa causación, por lo que no hay lugar a impartir condena por este concepto, precisando igualmente que a pesar de que el decreto 364 del 2010 como fundamento de la razón de derecho fue derogado por el decreto 1031 del 2011 y en todo caso el mismo se encuentra encaminado para empleados públicos de entidades del orden nacional, en ese sentido, la bonificación por servicios prestados y su fundamento en el artículo 45 de la misma norma, de ahí que el demandante al prestar sus servicios a una entidad del orden distrital y comunicado oficial no le asiste derecho a ese reconocimiento, pues se reitera la misma legalmente estipulada para empleados públicos del orden nacional.

Frente a la indemnización moratoria: El decreto 796 de 1990 señala el plazo de 90 días para poner a órdenes del trabajador oficial los salarios, las prestaciones, indemnizaciones que se le adeudan y sobre la norma que además del no pago de las prestaciones, salarios, también citados por no cubrir las indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador y el castigo que genera es la vigencia del contrato en los términos, presumiéndose, según reiterada jurisprudencia de la honorable sala de justicia, la mala fe patronal, cuando se incumple su deber, pues es su obligación cancelar las indemnizaciones y prestaciones que adeuda al trabajador 90 días después de que se termine el contrato, actitud equiparable a la del deudor moroso respecto de un trabajador, en el plenario entonces está acreditada la mala fe la parte accionada en el no pago de las prestaciones durante la terminación del vínculo que genera en su contra esa sanción, pues no puede aparecer bajo los postulados del derecho que un trabajador se vea afectado por el no pago de las prestaciones sociales apoyados en los vínculos jurídicos, que no representan un verdadero contrato de prestación de servicios como lo alega, pues la parte accionada utilizaba al mecanismo para demeritar las acreencias propias de una relación de trabajo subordinado, siendo este un sofisma de distracción que viola de forma flagrante los

derechos mínimos y menoscaba la dignidad y el derecho de igualdad; mal puede entonces el despacho considerar que en este caso la Subred integrada de servicios de salud suroccidente, se encontraba en equívoco por los parámetros regidos en el artículo 1072 de la ley 80, dado que lo caracteriza este contrato es la Independencia y la autonomía técnica y administrativa de quien presta servicio, circunstancias que no se evidencia la labor desarrollada por el aquí demandante, quien debía, estar sujeto a las indicaciones de sus superiores jerárquicos a los llamados de atención e instrucciones que el mismo le impartiera para cumplir un horario, razones suficientes para condenar al pago de un día de salario por un día de mora, esto es, hasta el 1 de abril del año 2017, fecha en que se vencían los 90 días con que cuenta la administración por consignar la liquidación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales hasta que se verifique el pago de las prestaciones y salarios que aquí se condenaron en razón de los \$46.167 diarios hasta por 24 meses, valor que asciende a la suma de \$33.600.240, suma que se debe indexar ya cuando se vaya a materializar el pago por parte del aquí condenado.

Frente a la indemnización por la consignación de las cesantías, como quiera que se accedió a la moratoria por el no pago de las prestaciones, no es viable acceder a esta pretensión, por lo que no es dable una doble sanción, razón por la cual se absuelve de esta pretensión.

Frente al pago de las cotizaciones a pensión salud, riesgos laborales, caja de compensación familiar, fundamentada esta petición por la parte actora, en el sentido de efectuar los aportes, tomando como ingreso base de cotización el salario devengado por un trabajador de planta como contó las mismas está pues llamadas al fracaso, como quiera que la parte demandante, no logró acreditar el salario devengado por ese trabajador de planta que desempeñará las mismas funciones que hizo el aquí demandante, lo cual se tornaba, necesario para poder establecer con certeza la existencia de eventuales diferencias en las mismas que debieran ser asumidas por la entidad demandada.

De la indemnización por el despido sin justa causa: no queda duda el despacho que la finalización de la relación contractual obedeció a una iniciativa del trabajador, recordando el despacho que en interrogatorio de parte, le preguntó la razón por la cual se terminó el contrato, a lo que le manifestó que hubo una ley que salió, que iban a sacar la mitad del personal y que solo iban a ejercer el personal de planta y como él no era de planta sino de contrato, decidió voluntariamente retirarse y el otro motivo fue que subieron los parafiscales, además porque le tocaba desempeñar o manejar cuatro vehículos, lo cual consideraba que era una carga laboral muy alta o excesiva; en tal sentido, recordemos que la renuncia, en resumen, es la conducta del empleador la que le impide la continuidad de la relación laboral, aunque el trabajador tome la decisión unilateral de romper el vínculo lo hace, por la violación del contrato por parte del empleador, sobre este punto debe señalar que la renuncia obedece a una conducta consciente deliberada del trabajador encaminada a dar por terminado la relación contractual por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley imputable; en este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación en el literal B como dice el artículo 7 del decreto 2359 del 65, en el caso de que el trabajador es quien exterioriza una voluntad dirigida a finiquitar la relación contractual es quien corre con todas las contingencias de demostrar porque su real voluntad se vio afectada por actos externos y eficientes de su empleador, tendientes a obtener la dimisión y que por lo tanto, es el verdadero gestor de la terminación del vínculo laboral, caso en el cual se estaría frente a la renuncia inducida o constreñida, o que su empleador incurrió en cualquiera de las causales de terminación del contrato contemplado, sin embargo encuentra el despacho que al proceso, no se allegó la prueba documental de por medio del cual se daba por terminado el contrato de trabajo sin que hubiera la posibilidad del despacho de que se verificara los hechos que alude como justa causa imputable al empleador en este proceso; entonces este punto la jurisprudencia ha sido clara en señalar, siguiendo lo previsto en el parágrafo del artículo 62 del CST modificado por el artículo 7 del decreto 2351 del 1965, que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción la causal o motivo de esa determinación sin que posteriormente puedan alegarse válidamente causales o motivos diferentes, de lo cual se deduce que quien pretende el reconocimiento de la indemnización por despido indirecto, debido por lo menos así indicarlo en la carta de dimisión los hechos que sirvieron de

fundamento para tomar la decisión el trabajador, sin embargo el aquí demandante, pues no acredita esta exigencia, viéndose avocado el despacho a absolver a la demandada frente a esta pretensión.

RECURSOS DE APELACIÓN

Señaló la parte demandante:

Primero estoy de acuerdo en que el despacho haya liquidado las condenas a razón de \$1.400.000, por cuanto la actividad probatoria que adelantó la parte actora está plasmada en una comunicación que la entidad demandada dio contestación es así que, dentro de la actividad probatoria se solicitó al despacho, se oficiara a la entidad para que diera contestación a los puntos indicados en la declaración oficiosa. Es así que el 22 de enero del año 2021 la entidad demandada acotó lo siguiente: a la pregunta número 4: “indique al despacho cuáles serán los salarios devengados por los funcionarios de planta en el cargo de conductor entre los años 2011, 2017, Respuesta; teniendo en cuenta los efectos de una fusión ocurrida en el año 2016, es mi obligación referirme a las circunstancias anteriores y posteriores a este año a fin de dar clara respuesta a su Señoría, es así como una vez verificada la planta de empleos del antiguo Hospital Pablo Sexto de Bosa contaba con el cargo del conductor entre los años 2011, 2017 de la siguiente manera, consultada la escala salarial del fusionado Pablo Sexto de Bosa, se pudo establecer que durante los años 2011, 2016 el cargo de conductor tenía una asignación de la siguiente manera, existía el grado 51, 55, grado 4C de los siguientes salarios, y aquí es donde se conduce el recurrente las vigencias para los años 2011 a 2016 están claramente establecidas por la entidad, es decir que en el año 2011 devengó un conductor de administrativo bajo esa categoría 4 C Código 5150, \$1.110.496, para el año 2012, \$1.182.679, para el año 2013 \$1.236.137 pesos, el año 2014 \$1.291.764, para el año 2015 \$1.368.420 y para el año 2016 \$1.470.762; indica, por otra parte, verificada la planta de empleos de la Subred de salud occidente, esta cuenta con el cargo de conductor 5155 categoría 4C y de conductor 480 grado 11 con las siguientes asignaciones básicas y también hay entonces las justificaciones y los valores; en esta medida estimo que como se fusionó el hospital Pablo Sexto en el año 2016, asumió el pago de todas las acreencias laborales y obligaciones la Subred y que aquí certifica que para el año 2017 un conductor administrativo ganaba \$1.575.922, indicó que aquí donde se encontró el recurrente, en la medida de que no faltó actividad probatoria y que debieron liquidarse las prestaciones sociales y todos los demás emolumentos conforme a los valores allí descritos, su Señoría en el año 2011, 2012 y 2013, liquidó con el salario mínimo y eso perjudica a mi representado, habida cuenta que si hay valores por los cuales el despacho pudo haber liquidado conforme a lo anteriormente indicado, entonces apeló porque el valor a liquidar de todas sus prestaciones están aquí indicados y la prueba como tal aparece dentro del expediente.

Se aportó con sello de depósito la Convención colectiva de trabajo, allí se establece claramente que es ley para las partes, cuáles son los emolumentos que devenga todos los trabajadores oficiales de la entidad, empresas sociales del Estado a nivel distrital, y es que esa convención colectiva de trabajo da cuenta de cómo se tienen que liquidar las prestaciones sociales, la que se presentó, hace referencia, pues a los años donde trabajo el demandante, 2011 al 2017, con sus respectivas prórrogas; entonces, si bien es cierto, estoy conforme, pues con la postura que tuvo el despacho, en la medida de que como esto es una sentencia constitutiva del Derecho pues no afloraría la prescripción; entonces la forma primero de liquidar la cesantías, el despacho las liquidó de una manera que no corresponde a los trabajadores oficiales porque tenía que liquidarse primero, con la asignación básica mensual, año por año como se probó y se demostró, con el subsidio de alimentación que erradamente el despacho negó y que ya voy a sustentar el recurso, el auxilio de transporte y prima de antigüedad, hay unos recargos que si bien es cierto, debo admitirlo, no se probaron porque eso es una carga fuertísima para el demandante, aportar cuando trabajo de noche de día porque era un simple contratista y pues que aquí se develó que no, que el fungía como lo hacía un trabajador oficial, también está la prima de Navidad, que cuando se liquida la cesantía es una doceava parte; ahí también erró el despacho porque tenía que haber incluido estos emolumentos para liquidar las cesantías, el quinquenio, si a lugar tuviere derecho y los demás factores que constituyen salario.

En tercer lugar, como lo manifesté, existen pruebas de tal magnitud que hay diferencias salariales entre lo que devengó el demandante y lo que devengaba un trabajador de planta trabajador oficial, es decir, que las diferencias salariales debieron concederse y el despacho estimó, se equivocó. Por eso apelo para que el Tribunal proceda conforme a Derecho y a las súplicas de la demanda le dé su visto bueno y conceda esa pretensión.

Frente a las cesantías como lo dije, el despacho las concedió, pero están mal liquidadas 1. por el salario Base y 2. por los conceptos que se tienen que tener en cuenta y que el despacho no lo hizo. Frente a los intereses de las cesantías, es bien sabido que cuando la cesantía no se consignan el empleador está en la obligación de consignarlas, pero entonces el despacho dice que no las concede porque no hay una norma expresa para los trabajadores oficiales, sin embargo ello no debe ser así y se debe entonces conceder que esa actualización, esos intereses, porque los intereses son un salario por año y ese dinero no puede quedar ahí sin ganar algún beneficio, sea intereses o sea una indexación como el despacho si lo tuvo en cuenta con los demás emolumentos, mínimo la indexación de esas cesantías, pero no por el valor exacto, sí a la fecha de la Constitución del Derecho, que es la sentencia, sino año por año, que así no lo hizo el despacho.

Apelo en cuarto lugar por la prima de antigüedad, la prima de antigüedad está constituida para los trabajadores oficiales y está en la Convención colectiva de trabajo, no se puede desconocer esa prima de antigüedad porque como lo he referido en repetidas oportunidades en esta apelación, esa prima está constituida en la convención colectiva de trabajo, que es ley para las partes. Lo mismo sucede con la prima de vacaciones, no fue concedida, pero los trabajadores oficiales, sí tienen derecho a esa prima. En cuanto a la prima semestral o de servicios, esa no, porque sí fue concedida continuó indicando que la compensación en dinero de las vacaciones, aunque fue otorgada debo insistir que debe ser reliquidada con los factores salariales que devengaba un trabajador oficial. Así mismo, al declararse una única relación laboral debió condenarse a la entidad demandada a pagar al sistema de seguridad social integral, salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación. Esas pretensiones no fueron concedidas porque en la parte resolutive negó las demás pretensiones y esta pretensión, señora juez y honorables magistrados pues está implícita y es un emolumento irrenunciable; si se declara una relación laboral, por ende, el empleador moroso debe pagar la seguridad social o como mínimo, la pensión y aquí el despacho obvio, negó la pretensión que en mi concepto tenía que haber sido condenada a la entidad.

Continuó con mi recurso de apelación y debo indicar que el demandante para los años que laboró jamás recibió 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes y eso quiere pues, que tiene derecho al auxilio de transporte, esa pretensión, ese beneficio de carácter salarial, no pudo habérsele negado el demandante, la señora juez indicó que no tenía derecho cómo se puede pretender que un contratista y que a la hora de la verdad se demuestra que es trabajador oficial no tenga derecho al auxilio de transporte, si ganaba \$1.400.000 en el año 2017 de ese salario o esa contraprestación honorarios, cuánto dinero tenía que invertir para ir y volver, si los de planta tenían derecho porque él no, por eso el Tribunal debe conceder ese auxilio de transporte, lo mismo ocurre, señora juez, honorables magistrados con el auxilio de alimentación que está contenido y nos remitimos a la Convención colectiva de trabajo, está contenido en la Convención colectiva de trabajo. ¿Por qué se le va a negar? Este auxilio de alimentación, no se le puede negar concédaselo conforme a la Convención colectiva de trabajo, honorables magistrados, ya que la primera instancia negó.

Bonificación por servicios prestados; está en la Convención colectiva de trabajo esa contraprestación si la devengan los trabajadores oficiales que están vinculados por medio de contrato de trabajo como tenía que haberlo hecho desde el año 2011 la entidad y no lo hizo. ¿Por qué se le va a negar? La bonificación hace parte de sus emolumentos salariales por los servicios que él prestó, apeló esa situación.

Ahora, es la primera vez que me pasa, qué la interpretación que se le hace la norma al Decreto 797 del 1949 se le da una interpretación que a mi juicio está errada. ¿Qué dice la norma? La norma dice que el empleador estatal, si no paga las prestaciones sociales que de contera aquí está decretado unas, se ha comprobado que no se las pagó, tiene 90 días para pagar las prestaciones sociales, a partir del día 91 entra en mora y esa mora va hasta cuando pague las prestaciones sociales su totalidad; sin embargo, el despacho de una forma, a mi juicio, inusual o equivocada, pues lo que dijo fue que no, 24 meses y

de ahí indexación, sin algún sustento jurisprudencial, doctrinal o con una sentencia que diga, mire, así es que se tiene que liquidar, no o sea, ahí el despacho y por eso pedí la aclaración de la sentencia, porque me parece una interpretación errada y que no encaja de ninguna manera a la aplicación de las normas para los trabajadores oficiales a, pues se equivocó la señora juez porque no interpretó porque la norma es clara, no paga las prestaciones sociales un día de salario por cada día de retraso, aquí son normas especiales para los servidores públicos, para los trabajadores oficiales y que el despacho se equivocó, por eso apelo para que se conceda la moratoria con el salario que dije para el año 2017, que está probado \$1.570.000 y unos pesos más hasta cuando pague la entidad, pero ahí se equivocó la señora juez.

Ahora con relación con la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 al 90 por no haber afiliado ni consignado las cesantías. Aquí debo indicar que se condenó a pagar cesantías, un hecho cierto al cual no discuto, pero como lo dije, no es la cuantía ni la liquidación, que estoy en desacuerdo, pero al no consignar dichas cesantías, pues hay una indemnización, de que a mi juicio se le debe aplicar al demandante como trabajador oficial porque es la norma más favorable, ¿cuál es? la ley 50 del 90, artículo 99, un día de salario por cada día de retrasos de pago en la consignación de esas cesantías al fondo, llámese fondo nacional del ahorro, en esa medida estimo que sí tiene derecho mi representada con la sanción moratoria contenida en la ley 52 del 75 apelo porque la señora juez la negó y tengo certeza, claridad absoluta, que esos interés a las cesantías deben concederse como lo ha concedido la Corte Suprema de Justicia y algunos tribunales, en esa materia, como se absolvió apelo, porque sí tiene derecho y la ley así lo estipula la Ley 52 del 75, el decreto reglamentario 116 de 1976 y un concepto del Ministerio de la Protección Social del año 2008, el concepto 106816; así mismo apelo porque el despacho negó emitir la correspondiente certificación para el efecto certificación laboral, como se probó que el demandante fungió como trabajador oficial arropado por contratos de prestación aparentes de servicios, pues lo lógico es que se ordene emitir esa certificación para efectos pensionales no es lo mismo pensionarse por ley 100 que pensionarse o sumar tiempos de servicio con la administración con el estado, que con la ley 100, en esa medida, al prestar servicios de manera personal al Estado, tiene derecho a que se emita esa certificación que indique los tiempos laborados y la connotación que tuvo de trabajador oficial.

En cuanto a la indemnización de la terminación sin justa causa, tiene ahí algo, que usted lo dijo y que así se demostró la carga excesiva de trabajo hizo que el demandante diera por terminado el contrato, esa fue una de las razones y que su retiro fue voluntario y que no se demostró entonces, o no se probó que eso se le había hecho al empleador, entonces el despacho dijo, bueno, como usted no hizo eso, no tiene derecho a esa indemnización que se pide sin justa causa, pero tenemos que ir un poco más allá, es que el demandante renunció, dio por terminada la relación laboral, por lo que está pidiendo cuando agotó la vía gubernativa, que es eso, no le están pagando cesantías, no le están pagando vacaciones, excesiva carga laboral y por eso dio lugar a que él terminara de manera unilateral, pero con justa causa imputable al empleador y entonces ahí estimó que el despacho se equivocó o por lo menos haber condenado al término presuntivo de 6 meses, que se aplica a los servidores públicos, pero ni una cosa ni la otra, entonces esa indemnización o mínimo el plazo presuntivo de la relación laboral tenía que condenar a la actividad.

Como se aportó la Convención colectiva de trabajo con el sello de depósito y se pidió que se diera aplicación a todo el contexto de la Convención al último punto que acabó de sustentar, pues tiene acogida el artículo séptimo de la Convención que habla sobre la protección en caso de terminación del vínculo laboral y habla de unas indemnizaciones para estos trabajadores oficiales. Ahí está clara artículo séptimo, pues en la Convención colectiva está las razones de derecho. ¿Que cómo se debe liquidar el auxilio de transporte? Y el auxilio de alimentación para un mejor proveer, esta convención colectiva de trabajo, se aplica la creación de conductores al servicio del distrito capital, motivo por el cual insisto, ley para las partes que el despacho obvió de esta manera.

La parte demandada, recurrió señalando:

Existe una indebida valoración probatoria por cuanto no encuentra probado los elementos que rigen una verdadera relación de carácter laboral conforme a las pruebas recaudadas en el presente proceso, como quiera que tal y como se observa en el acervo probatorio entre las partes, existió una relación contractual de carácter civil y comercial, la cual no genera ninguna relación laboral con el demandante, como quiera que la vinculación con la entidad se originó con la suscripción de contratos de prestación de servicios fundados en la Constitución y la ley, los cuales contemplaron dentro de sus condiciones generales los aspectos que atañen la legalidad y la naturaleza de estos, como la necesidad de contratar el servicio con el demandante, la cual se derivó de la insuficiencia del personal vinculado a la planta global de la entidad, a efectos de permitirle a la unidad prestadora de servicios, en este caso la unidad Pablo Sexto Bosa, con las condiciones establecidas en el sistema de gestión de calidad, se encuentra el proceso en los contratos suscritos por el demandante, en donde ello, bajo su puño y letra aceptó de manera libre y voluntaria documento, el cual se encuentra descrita las actividades para las cuales fue contratado el señor Omar Alirio Alfonso Heredia, el objetivo del contrato de prestación de servicios celebrado con el demandante se encontraba encaminado al apoyo de la gestión de la entidad contratante; es decir desarrollar actividades relacionadas con su funcionamiento, con estos contratos se fortalece la gestión administrativa de la entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades, cuando estas por sí solas y a través de su móvil mecanismos ordinarios no lo pueda satisfacer, situación que a su vez se evidencia en la literalidad contemplados en los distintos órdenes de prestación de servicios suscrito entre las partes en dichos documentos, como reposan en el expediente, se estableció de manera clara y sin lugar a duda o interpretación distinta, el tipo de relación contractual que las partes pretendían sostener.

Su Señoría, la simple afirmación por parte del demandante de la existencia de una relación laboral no cambia para nada la realidad material y jurídica que nació de la suscripción de un contrato de prestación de servicio, toda vez que solo con el dicho del accionante se puede cambiar la naturaleza jurídica una relación contractual dándole ropaje de otra muy distinta a la acordada con la liberalidad entre las partes, de otra parte no es cierto que existiera ningún tipo de cumplimiento de funciones por parte del demandante, como teniendo en cuenta que se realizaron actividades como auxiliar operativo en el entonces hospital Pablo Sexto y funcionaba la subred suroccidente, lo que existía en el cumplimiento de actividades con ocasión de la programación de turnos que se realizaba de manera mensual, quedando a la libre disposición del contratista en la prestación del servicio, el hecho de que el demandante desarrollara las actividades convenidas con mi representada mediante contrato de prestación de servicios para garantizar los principios básicos de integralidad de oportunidad que le asisten a los buenos actores del sistema, no determina subordinación alguna, lo que indica que las actividades desarrolladas por el señor Omar Alirio Alfonso Heredia se desarrollaban según el objeto contractual señalado en los contratos que en su momento suscribió. Es claro que no hay cabida legal para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de carácter eminentemente laboral, teniendo en cuenta que la simple afirmación por parte del demandante de la existencia de una relación laboral no cambia para nada la realidad material y jurídica como lo mencioné anteriormente que nació de la suscripción de contrato de prestación de servicios, prueba de ello es que el señor Omar Alirio Alfonso Heredia durante la relación contractual, nunca realizó una reclamación del pago de prestaciones sociales o aporte a la seguridad social, porque nunca tenía derecho, situación de la cual el demandante tenía conocimiento de igual manera, esta reclamación que realiza el contratista la presentó una vez se terminó la relación contractual entre las partes por vencimiento del plazo pactado.

Igualmente se encuentra en dicho documento como obligaciones a cargo del demandante, presentar informe de actividades y asumir por cuenta y riesgo propio su seguridad social, razón por la cual se afilió personalmente al sistema de seguridad social, tal y como lo señala la ley 789 de 2002, la Ley 797 de 2003 de igual manera, modificada por el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, establece que estarán afiliados al sistema general de pensión en forma obligatoria a todas aquellas personas vinculadas mediante contratos de trabajo o como servidor público. así mismo, las personas naturales que presten directamente servicio al Estado o las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicio o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, cuyo pago se hará de manera independiente, tal y cual quedó demostrado dentro del

plenario, las acciones de la entidad contratante respecto de lo que el demandante denomina infundadamente trabajo de forma continua y permanente, dependencia, las órdenes de directrices, realmente lo que constituye el ejercicio de la supervisión que se realiza sobre un contrato estatal, en este caso la supervisión de los contratos de prestación de servicios fue ejercida en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, ejerciendo así el seguimiento técnico administrativo financiero sobre las actividades, como lo manifesté anteriormente pactadas en los contratos de prestación de servicio, esto todo aquello para sobre el cumplimiento objeto del contrato, actividad que podía ser ejercida por la misma entidad estatal por no requerir, en este caso, conocimientos especializados concomitantes con lo dispuesto en el artículo 84, que sobre la responsabilidad de los supervisores señala “Interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante” se ha probado si, que el demandante cumplía con las directrices que le imponía su condición de contratista, directrices que tenían que ver con el clausulado del contrato, no otras y que por esta vía, pues tampoco se podía formar la existencia de una subordinación como elemento constitutivo de una relación laboral, un contratista, pues nunca es una rueda suelta a pretexto de honrar a su condición en contrato como traído al proceso existente, pues no podía realizar sus actividades sin la continua coordinación o supervisión, de igual manera, los lineamientos e indicaciones que emite el coordinador del contrato de prestación de servicios o la persona que se designe para tal efecto se realizan con fines puramente organizacionales tendientes al desarrollo de una labor coordinada entre los varios contratistas de una misma dependencia y de ninguna manera demuestren que existe una subordinación.

Por el contrato se trata de facilitar el contratista el cumplimiento de los compromisos pactados por el mismo en el contrato dentro de los estándares de calidad, eficacia y eficiencia que exige la administración pública, es claro que se sujetan a los lineamientos de los coordinadores, que en manera alguna resultan como supervisores, pero no son llamados ni superiores jerárquicos o jefes inmediatos; por las anteriores razones, el esfuerzo del fallador por equiparar al demandante con los funcionarios de planta resulta contra viniente legal y probatoriamente no se cumplen, desde luego las condiciones para que esto se dé y por el contrario, se acude a similares inapropiados, digamos en este caso jurídicos, sustento jurídico, para determinar que entre el contratista y la entidad que represento, existió alguna relación laboral por los argumentos anteriormente expuestos y por el contenido del acervo probatorio.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados por las partes, encontrando como objeto de reproche la existencia de la relación laboral, la liquidación de las cesantías objeto de condena, reajustes salariales, intereses a la cesantía, prima de antigüedad, prima de vacaciones, aportes al sistema general de seguridad social, auxilio de transporte, auxilio de alimentación convencional, bonificación por servicios convencional, forma de liquidación de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones, indemnización moratoria por no pago de cesantías, expedición de certificación laboral e indemnización por despido injustificado.

Existencia del contrato

El artículo 2 del Decreto 2127 de 1945 señala como **elementos del contrato de trabajo** la actividad personal del trabajador, la dependencia de este respecto del patrono y el salario como retribución del servicio y el artículo 3 de la misma norma prevé que una vez reunidos esos tres elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono.

Descendiendo al caso en estudio se tiene que como bien lo señaló la decisión de primer grado, obra prueba de la prestación de servicios del actor a favor de la demandada, desde el 5 de septiembre de 2011 al 1 de enero de 2017, la que se encuentra suficientemente probada con certificaciones expedidas por la Unidad Fundacional de Talento Humano de la Unidad Prestadora de Servicios de Salud Pablo VI Bosa Fusionada; en la que se relaciona la suscripción de diferentes órdenes o contratos de prestación entre el demandante y la demandada corroborándose con algunas de estas allegadas de igualmente de manera individual al plenario digital, la prestación del servicio antedicha en los extremos temporales señalados y que no sufrió solución de continuidad, ya que se evidencian interrupciones que no superan los 3 días entre la suscripción de cada orden de servicio; dicha prestación de servicios por parte del actor igualmente se corrobora con el dicho de las testimoniales vertidas en el trámite procesal y con la aceptación de tal circunstancia por la demandada en su contestación.

Es así como al no ser objeto de tacha tales documentales, así como las testimoniales vertidas, dan cuenta de la prestación personal del servicio del actor a favor de Subred demandada y las funciones que le fueron encomendadas en virtud de esas órdenes de servicios; siendo aplicable en esta oportunidad el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, normatividad que dispone que comprobada prestación personal de un servicio se debe presumir su carácter de contrato de trabajo y debe corresponder al beneficiario del servicio desvirtuar la subordinación.

En este asunto, contrario a lo indicado por la pasiva en su recurso y alegaciones, nada hizo para desvirtuar tal presunción, se limitó a negar el contrato de trabajo; sin embargo, de las pruebas se desprende con total claridad, tal y como lo señaló la Juez de primera instancia, haciendo una

adecuada valoración probatoria que entre las partes existió un verdadero contrato de tipo laboral y no civil como lo pretende hacer ver esta pasiva en su recurso; lo anterior, por cuanto no acreditó la entidad demandada que las labores ejecutadas por el demandante representaran una labor que por su naturaleza estuviera excluida del objeto que legal y constitucionalmente le está encomendado desarrollar por representar un conocimiento especializado y la falta de personal de planta para acometerlo con suficiencia; por el contrario, dichas labores son actividades conexas al objeto natural de la entidad y a su supervivencia, circunstancia esta última que se corrobora con la documental antes citada.

Asimismo las testimoniales vertidas llevadas al proceso por la parte demandante, señalaron que el mismo había sido contratado bajo la modalidad de órdenes de servicios, corroboraron que en realidad, la prestación del servicio del demandante, no se ajustaba a dicho modo de contratación ya que en virtud al contacto directo y a diario que tenían con el actor, este permanecía sujeto a las órdenes e instrucciones que le daban sus superiores para los traslados de estos en su cargo de conductor o para los traslados de insumos, desarrollando las labores que le fueran encomendadas, recibiendo órdenes e instrucciones para el cumplimiento de las mismas y de igual manera cumpliendo el horario de cualquier trabajador vinculado mediante contrato de trabajo.

En las condiciones anteriormente analizadas, **encuentra la Sala que efectivamente la relación jurídica que unió a las partes estuvo regida por un contrato de trabajo** dando aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas, pues si bien, como lo señala el recurrente la documental allegada por la demandada, en principio podría llevar a concluir que la contratación a través de órdenes de servicios, no salió de dicho plano; lo cierto es que se demostró con certeza que otra fue la realidad, que el demandante estuvo vinculado bajo las características propias de un contrato de trabajo, realizando como se dijo actividades propias del desarrollo y supervivencia de la entidad demandada, quedando desdibujada así la contratación por prestación de servicios que alega la demandada, pues como bien lo señaló la decisión de primer grado, la sola labor de conductor que este ejecutaba, permite descartar de plano la autonomía propia de un contrato de prestación de servicios, estando sujeto a los requerimientos de sus superiores

para trasladarlos a donde lo necesitaran, lo mismo respecto de los insumos o documentales cuyo transporte efectuaba.

En relación con la **calidad de trabajador oficial** del demandante, es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, norma que se aplica a la ESE, por disposición del numeral 5° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, la cual dispone:

«Artículo 26°.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. (...)

*Parágrafo.- **Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.** (...)*

Analizado lo anterior, se tiene que por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos y por tanto, ligadas por una relación legal y reglamentaria. Por vía de excepción, son trabajadores oficiales, con contrato de trabajo, los servidores públicos que ejercen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales. Es por ello que reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia que para merecer la condición de trabajador oficial es deber probar que las funciones estaban relacionadas con estas últimas actividades (CSJ SL rad. 46128 7/11/2017).

A este respecto, no queda duda que el actor ostentó la calidad de trabajador oficial, como lo puso de presente la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia en pronunciamiento, radicado 63953 del 3 de abril de 2019, oportunidad en que reiteró que en otros pronunciamientos proferidos por esa alta Corporación, se señaló que el transporte en general, se considera como actividad encaminada al mantenimiento de planta física, hospitalaria de servicios generales, no ocurría lo propio en cuanto a los conductores de ambulancia, caso que no es del actor.

Determinado lo anterior, se estudiará los puntos del recurso interpuesto por la parte demandante.

Indica en primer lugar y en cuanto a la nivelación salarial deprecada, que probó el valor de los salarios devengados por otros trabajadores quienes desempeñaron el mismo cargo en el Hospital Pablo Sexto; sobre el particular, si bien obra en el expediente relación de salarios certificados para el cargo del actor, lo cierto es que de dicha documental se desprende que tal cargo estaba dividido en varios grados y así lo refirió también el representante legal de la demandada, no pudiéndose determinar a qué grado correspondía el cargo ejercido por el actor para concluir qué asignación salarial le correspondía, aunado a ello, no se alegó comparación respecto de otro trabajador que permita abordar el estudio del cumplimiento de las mismas funciones del señor Ómar, para fijar una asignación salarial distinta a la probada como percibida por concepto de honorarios.

Valor cesantías

Sobre este punto, indica el recurrente que este rubro no se liquidó año a año, respecto de lo cual, suficiente resulta remitirse a la parte motiva de la sentencia de primer grado transcrita en la parte pertinente de este pronunciamiento, para concluir que dicha prestación sí se liquidó año a año, para ello la juzgadora señaló que en 3 de las anualidades laboradas por el actor, no se había demostrado el valor de los honorarios, fijando como salario el mínimo vital de la época, por lo que tal argumento, no obedece a la realidad.

PRESTACIONES CONVENCIONALES

Al respecto y como bien lo señala el recurrente, el juzgador de primer grado no argumentó las razones por las cuales absolvía de las demás pretensiones incoadas, sin referirse en particular a las prestaciones convencionales deprecadas; por lo que con fundamento en la convención colectiva de trabajo 2007 – 2011 y su compilación 1995 - 2016 aportada por la parte demandante y que cuenta con constancia de depósito, aunado a ello, no obra constancia de haber sido denunciada, se estudiarán las prestaciones objeto de recurso y peticionadas en libelo introductor como son auxilio de transporte, prima de antigüedad, auxilio de alimentación, prima de navidad y bonificación por servicios prestados:

- **Auxilio de transporte:** El artículo 31 de la CCT consagra esta prestación para todos los trabajadores de las entidades hospitalarias

allí señaladas, entre las cuales se encuentra el Hospital Pablo Sexto, indicando que corresponde al auxilio de transporte que devengan los trabajadores oficiales, con un aumento del 7% a partir del 1 de enero de 2012 y en las anualidades siguientes, el porcentaje más favorable, entre 3 variables como son, el incremento del IPC, el incremento del salario y el incremento de los empleados públicos del Distrito Capital; así efectuadas las operaciones aritméticas, al actor le asiste derecho a su reconocimiento en cuantía de \$4.615.200.

- **Prima de antigüedad:** igualmente el artículo 33 del instrumento convencional en mención prevé el pago de este emolumento para todos los trabajadores, que hayan laborado más de 4 años y hasta 9, el 4% de su asignación salarial, por ello, al actor le asiste el derecho al pago de la prima bajo estudio, en cuantía de \$56.000.
- **Auxilio de alimentación:** Previsto en el artículo 30 de la convención bajo estudio, indica que este corresponde al subsidio de alimentación fijado para los trabajadores oficiales, incrementándose en un 7% a partir del 1 de enero de 2012, por lo que liquidado en dicha forma este emolumento, al actor le corresponde por este concepto la suma de \$3.071.700.
- **Prima de navidad:** El artículo 37 indica que este rubro se pagará en el mes de diciembre de cada año y corresponde al valor de salario de un mes de labores, para su liquidación se debe tener en cuenta el rubro por concepto de prima de antigüedad, alimentación y transporte; correspondiéndole entonces al actor por tal concepto la suma de \$7.172.855
- **Bonificación por servicios prestados:** El artículo 44 del instrumento convencional prevé que este rubro corresponde a un beneficio anual equivalente al 50% de la asignación básica mensual, por lo que liquidado en dicha forma, asciende a la suma de \$3.229.364.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral PRIMERO en el sentido de incluir los anteriores conceptos como condena a pagar por parte de la Fiduciaria demandada y a favor de la actora.

Intereses a la cesantía

Contrario a lo indicado por el recurrente de la parte demandante, frente la absolución por este concepto, es bien sabido que para los trabajadores

oficiales no se contempla el pago de dicha prestación, razón por la cual, su absolución se encuentra ajustada a derecho; ahora bien y en cuanto la indexación deprecada respecto del rubro de cesantías, tampoco procede esta ante la prosperidad de la indemnización moratoria deprecada, cuya forma de liquidación que fue objeto de reproche, se estudiará más adelante.

Prima de vacaciones

Contrario a lo señalado por la decisión de instancia y como bien lo aduce la parte demandante en su recurso, el pago de la prima de vacaciones, sí se encuentra establecida para los trabajadores del sector oficial desde la expedición del Decreto 1045 de 1978 y 230 de 1975, siendo esta equivalente a 15 días de salario por cada año de servicio. Sobre el particular, los decretos en mención indican que esta debe ser pagadera cuando se entre a **disfrutar** efectivamente de las vacaciones, presupuesto que no concurre en esta oportunidad, siendo claro que ante la presunta vinculación del actor bajo la modalidad de prestación de servicios, este no disfrutó de ningún periodo de vacaciones, lo que torna improcedente el reconocimiento de este emolumento.

Pago aportes a salud, pensión riesgos laborales y caja compensación

Sobre este aspecto, sea lo primero señalar en cuanto al pago de aportes a salud y pensión que no hay lugar a ordenar el mismo a cargo de la demandada como lo pretende la parte actora ya que el señor Orlando en escrito de demanda y lo corroboró en diligencia de interrogatorio de parte, afirmando que previo a la suscripción de cada contrato de prestación de servicios, debía cancelar de su pecunio las cotizaciones a los sistemas de salud y pensión, de no ser así, no era posible la suscripción del contrato, siendo claro entonces que tales riesgos estuvieron cubiertos durante su vinculación con la demandada, por lo que ordenar un nuevo pago por tales conceptos a la pasiva, resulta improcedente.

Ahora, en cuanto al pago de aportes a riesgos laborales, la CSJ ha reiterado que este resulta improcedente una vez finaliza la relación laboral como ocurre en esta oportunidad, lo propio ocurre en cuanto a la afiliación a caja de compensación y así lo reiteró igualmente la Corporación en mención en sentencia SL 1225 de 2019, como quiera que es una prestación social que consiste en una serie **de** beneficios tanto económicos como prestacionales

que se otorgan únicamente **durante la vigencia de la relación laboral**, no habiendo lugar entonces a variar la decisión en este aspecto, al estar demostrado que el vínculo que unió a las partes, finiquitó.

Indemnización moratoria

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

En el presente caso se encuentra suficientemente demostrada la mala fe con que actuó la pasiva, siendo que debió prever, que si lo que suscribía con el actor eran contratos regidos por las normas de contratación pública, en consecuencia, no podía haber ejercido la subordinación en la manera como resultó probado, pues la entidad al intentar simular una contratación diferente a la de tipo laboral, no puede su conducta considerarse considerarse guiada por la buena fe.

Es claro entonces que la demandada no demostró que existiesen razones atendibles y objetivas para su actuar único argumento que podría exonerarla de la sanción, luego se debe imponer la condena por este concepto como lo solicita la parte demandante en su recurso y alegaciones.

En cuanto a la forma o tiempo en que ésta se impone ello ha sido objeto de disímiles pronunciamientos como por ejemplo en sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL-981 de 2019 oportunidad en la que se indicó que la sanción moratoria solo es exigible con posterioridad a los 90 días calendario al término de la relación laboral, que para el presente caso tuvo lugar el 1 de enero de 2017, por lo que procede imponer ésta condena a partir del 1 de abril del mismo año y hasta la fecha en que se efectúe el pago de las acreencias adeudadas al actor, pues como bien lo aduce el recurrente

de la parte actora también en alegaciones, la interpretación de la forma de liquidación dicha indemnización que se realizó en la decisión de primer grado, no resulta acertada; por lo anterior, se dispondrá **MODIFICAR** el literal e) del numeral PRIMERO de decisión recurrida.

Respecto de la indemnización por despido injustificado que reclama el demandante, no hay lugar a acceder a la misma por cuanto quedó probado en el trámite procesal que fue el acto quien decidió terminar el vínculo que sostenía con la entidad demandada de manera voluntaria y la carga excesiva de trabajo que adujo para el efecto, no se encuentra probada.

Por último y en cuanto a la certificación que solicita se ordene expedir a la pasiva, el proceso judicial objeto de pronunciamiento no es la vía para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el literal e) del numeral PRIMERO de sentencia recurrida, en el sentido de indicar que la indemnización moratoria allí prevista, procede desde el 1 de abril de 2017 y hasta la fecha en que la pasiva efectúe el pago de lo adeudado al actor, conforme lo señalado en la parte pertinente de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, en el sentido de CONDENAR a la pasiva a pagar además de los emolumentos allí descritos, los que se señalan a continuación:

- La suma de \$4.615.200 por concepto de auxilio de transporte.
- La suma de \$56.000 por concepto de prima de antigüedad.
- La suma de \$3.071.700 por concepto de auxilio de alimentación.
- La suma de \$7.172.855, por concepto de prima de navidad.

- La suma de \$3.229.364, por concepto de bonificación por servicios prestados.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
Salvo voto

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

PROCESO ORDINARIO No. 20-2022-005-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS MARIO VARÓN

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor JAIME ANDRÉS ZULUAGA, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta días (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la entidad demandada y parte demandante.

ANTECEDENTES

EL Señor LUIS MARIO VARÓN por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada a reliquidar y pagar la pensión de vejez post mortem de la señora María Ducela

Forero a partir del 2 de octubre de 2007, bajo los parámetros del régimen de transición, en concordancia con lo previsto en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% y el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años; como consecuencia de ello, peticiona se condene a la demandada a sustituir dicha prestación a favor del demandante a partir del 10 de enero de 2020 en calidad de cónyuge causante, junto con intereses moratorios e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la señora María Forero, se afilió al sistema pensional a través de Cajanal desde el 22 de agosto de 1975 hasta el 15 de agosto de 1986, que continuó afiliada al ISS desde 1988, que a 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad y con más de 750 semanas cotizadas a 25 de julio de 2005, que la totalidad de cotizaciones fueron realizadas a cajas de previsión social y al RPM, por lo que mediante resolución No. 059532 de diciembre de 2008, el ISS le reconoció a la señora María pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.278.969 a partir del 2 de octubre de 2007, con el 75% de tasa de reemplazo, que la demandada no estudió la posibilidad de liquidar dicha prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1900, teniendo en cuenta todo el tiempo cotizado por la señora María al sistema pensional, que dicho acto administrativo fue objeto de los recursos de Ley, siendo finalmente confirmado.

Refiere que la señora María falleció el 10 de enero de 2020, que elevó solicitud el 23 de enero de 2020 para reconocimiento de sustitución pensional, la que le fue reconocida en cuantía de \$2.164.728 a partir del 10 de enero de 2020, que el 13 de enero de 2021, solicitó ante la demandada reliquidación de dicha prestación con fundamento en el Decreto 758 de 1990 junto con intereses moratorios, petición respecto de la que no ha recibido respuesta de fondo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 2 a 4, 7 a 10, 12 a 20, manifestó no constarle los No. 1 y 6 y negó los demás; propuso como excepciones las que denominó cosa juzgada, inexistencia del

derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de IPC, indexación o reajuste alguno, pago, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento RESOLVIÓ:

PRIMERO: CONDENAR a Colensiones a reliquidar la pensión de vejez de la señora María Ducela Forero a partir del 1 de octubre de 2007, en cuantía inicial de \$1.524.598

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y por tanto condenar a Colpensiones a pagar dicha reliquidación a partir del 1 de octubre de 2017. Igualmente se reajustará la pensión de sobrevivientes del señor LUIS MARIO VARÓN, o sea, la sustitución pensional a partir del 10 de enero de 2020, junto con reajustes de ley, por sumas debidamente indexadas mes a mes, hasta que se efectúe el pago de lo debido.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había discusión respecto del estatus de pensionada de la señora María Ducela bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, a partir de octubre del año 2007, como se verificaba en resolución 59526 de 2008, tampoco se había discutido que al demandante le fue reconocida la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de la señora María Ducela a través de resolución SUB 57130 del 27 de febrero de 2020, la que posteriormente fuera reliquidada en el año 2018.

Afirmó que la única discusión era determinar si había lugar a la reliquidación de la pensión de vejez que le fuera reconocida a la señora María Ducela con una tasa de reemplazo del 90%, para lo cual debía establecerse si era beneficiaria del régimen de transición, lo que sí ocurría, pues de copia de documento de identificación de la causante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad, de igual forma, mantuvo tal régimen luego de la entrada en vigencia del AL 01 de 2005, ya que la señora María, a dicha data había cotizado más de 750 semanas, por lo que su prestación debió haberse reconocido bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, ya que como lo reconoció la demandada en acto administrativo de reconocimiento pensional, esta se había causado en el año 2007; el acuerdo

en mención, señala que la pensión de vejez se causaba al cumplimiento en el caso de las mujeres de 55 años y 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años o 1000 en cualquier tiempo y conforme historia laboral, la señora María había cotizado 1184.14 semanas al 31 de diciembre de 2014, estando satisfechos los requisitos de la norma en cita, debiéndose acceder a la solicitud de reliquidación pensional, para lo cual se solicitó tener en cuenta los tiempos públicos y privados, respecto de lo cual, en recientes pronunciamientos de la CSJ, se había abandonado el criterio según el cual, el acuerdo 049 de 1990, sólo permitía sumar tiempos exclusivamente cotizados, permitiéndose ahora la sumatoria de tiempos cotizados al sector público cotizados o no a Cajas de Previsión Social, así lo dijo entre otras en sentencia SL 1981 de 2020.

Entonces, al concluirse que es posible la reliquidación teniendo en cuenta tiempos públicos y privados, en el caso de la señora María, los efectuados a Cajanal, se había acreditado un total de cotizaciones de 1184 semanas al ISS y a Cajanal entre el 30 de octubre de 1975 al 15 de agosto de 1986, es decir, 10 años, 9 meses y 2 semanas, para el 2007, contaba con más de 1747 semanas, razón por la cual para establecer el IBL, se debía aplicar el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y una vez realizadas las operaciones aritméticas, la tasa de reemplazo resultaba superior a la aplicada por la demandada una vez reconoció derecho pensional a la causante, ya que al año 2007, arrojaba una mesada pensional inicial de \$1.524.598,80 siendo superior a la mesada reconocida por la demandada, habiendo lugar a impartir condena por concepto de reliquidación pensional a partir del 1 de octubre de 2007.

Sin embargo, atendiendo a la excepción de prescripción propuesta, la pensión de vejez había sido reconocida en 2007, notificada el 18 de febrero de 2009 y fue objeto de recursos de ley, siendo desatados finalmente en resolución 00116 de 2010, allí quedó en firme el acto administrativo e inicio el conteo del término prescriptivo, el que se interrumpe el 10 de enero de 2020 cuando se elevó reclamación, operando parcialmente este fenómeno con anterioridad al 10 de enero de 2017.

Respecto de los intereses moratorios refirió que no resultaban procedentes por cuanto si bien en sede casacional se ha dicho que esta procede para reajustes pensionales, lo cierto es que lo pretendido se derivaba de una sustitución pensional y la reliquidación pretendida no tenía vocación de prosperidad pues

se había indicado que dicha reliquidación solo procedía en cuanto a la prestación primigenia y tampoco se había generado mora en el reconocimiento pensional respecto del demandante, a quien se le habían venido pagando oportunamente las mesadas pensionales.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que sí eran procedentes los intereses moratorios que el actor sí tenía derecho a los mismos a partir del 10 de enero de 2020, por la demora injustificada en la reliquidación de la pensión de vejez y la sustitución pensional, pues la CSJ en múltiples decisiones había precisado que dichos intereses no estaban sujetos a requisitos distintos al incumplimiento del reconocimiento pensional, así lo indicó en sentencia SL 1681 de 2020, donde abandonó el criterio según el cual dichos intereses operaban para todo tipo de pensiones legales y Colpensiones sí había incurrido en mora ya que desde agosto de 2021, se había solicitado la reliquidación pensional.

La parte **demandada** señaló que se debió dar aplicación estricta a las previsiones del Decreto 758 de 1990, en razón a que cuando se efectuó el reconocimiento pensional, no se permitía la sumatoria de tiempos distintos a los cotizados al ISS, para acceder a la pensión bajo la normatividad en cita, ya que dicha postura jurisprudencial, nació con posterioridad a la causación del derecho pensional.

CONSIDERACIONES

En este asunto no existió discusión respecto que la señora María Ducelia Forero, le fue concedida prestación por vejez por parte del ISS a través de resolución 59523 del 2000, en dicha oportunidad, se reconoció la calidad de beneficiaria de la demandante del régimen de transición, reconociendo la prestación con fundamento en lo previsto en la Ley 71 de 1988, por contar con aportes a los sectores público y privado; tampoco ofreció reparo que dicha prestación fue sustituida al aquí demandante por parte de la demandada a través de resolución SUB 57130 del 27 de febrero de 2020 a partir del fallecimiento de la señora Ducelia, que tuvo lugar el 10 de enero de 2020; actos administrativos en mención que reposan en expediente digital.

Ahora bien, si bien la demandada aplicó la Ley 71 de 1988, su actuar obedeció a que la referida norma permite computar tiempos públicos y privados, no así, el Acuerdo 049 de 1990, y en tal orden de ideas, no era caprichoso por parte de la entidad, negar la reliquidación pensional conforme el Decreto 758 de 1990, criterio que venía siendo asumido de igual manera por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como en efecto lo refirió la pasiva en su recurso.

Sin embargo, la anterior postura fue modificada por esa Corporación, que se constituye como el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, mediante la sentencia SL1947 del 1 de julio de 2020, radicación 70918, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez, en el sentido que:

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

De igual forma y contrario a lo indicado en la decisión de instancia, la sumatoria de tiempos públicos y privados, con fundamento en la variación de criterio antes transcrito, también procede para obtener la **reliquidación** pensional y así lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia así lo indicó en sentencia SL 1078 de 2023, M.P. Ómar Ángel Mejía, oportunidad en que indicó:

*Pues bien, le asiste razón a la recurrente por cuanto la jurisprudencia actual de la Corporación es partidaria de que si **es acumulable el tiempo de servicios públicos no cotizados al ISS con el fin de obtener una reliquidación de la pensión de vejez, siguiendo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. (Negrilla fuera del texto original)***

Es necesario precisar que en el caso sub examine se excluye del debate probatorio la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, su edad y número de semanas cotizadas que en este caso asciende a 1221.

Y, debe la Sala memorar que abandonó el criterio de que no era permitido acumular el tiempo de servicios no cotizados al ISS del sector público con el cotizado en la demandada desde la sentencia CSJ SL1981-2020, reiterada en CSJ SL3110-2020, SL4480-2020, SL182-2021 y SL3801-2021).

En cuanto a la interpretación que debe darse a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 y la sumatoria de tiempo de servicios en el sector público no cotizados al ISS se

dijo en sentencia CSJ SL3801-2021 que:

1. EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 ES CLARO EN QUE PARA LA PENSIÓN DE VEJEZ DE LOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN SE DEBE TENER EN CUENTA LA SUMATORIA DEL TIEMPO DE SERVICIO PÚBLICO Y LAS SEMANAS COTIZADAS AL ISS O A ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL.

Así las cosas, la suscrita en anteriores pronunciamientos respecto al tema puesto a consideración acogió la nueva postura de la Sala Laboral de la CSJ, esbozada en sentencia SL1947 de 2020 respecto a la procedencia de sumar tiempos cotizados por a los sectores público y privado para la obtención de la pensión prevista en el Acuerdo 049 de 1990, contrario a lo señalado en la decisión de instancia. Es así que, para el caso del demandante cuya prestación liquidada en los términos de la ley 71 de 1988 le fuera sustituida, no se observa impedimento alguno en disponer la reliquidación pensional en la forma que lo peticiona ya que le resulta más favorable, esto es, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, al IBL señalado por el entonces ISS ya que aparte de las cotizaciones que efectuó al ISS, al sector público laboró entre el 22 de agosto de 1975 al 15 de agosto de 1986, acumulando un total de 565 semanas, en los términos del parágrafo 2 del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, correspondiendo como mesada pensional reliquidada la suma indicada en la instancia, esto es, \$1.524.598,80

Ahora bien, frente al argumento de la demandada en recurso y alegaciones en cuanto a que para el caso del actor no le es aplicable el cambio jurisprudencial acogido por la suscrita, suficiente resulta señalar que la sentencia mediante la cual operó el cambio de postura, para aceptar la sumatoria de tiempos cotizados al sector público en pensiones reguladas por el acuerdo 049 de 1990, no estableció que esta sería aplicable únicamente a los casos surgidos con posterioridad a su expedición, máxime si se tiene en cuenta que los derechos pensionales son irrenunciables e imprescriptibles.

Intereses moratorios

Como se señaló en apartes iniciales de este pronunciamiento y contrario a lo afirmado por la parte demandante en su recurso, el actuar de la entidad demandada al negar la reliquidación peticionada, no resulta caprichoso, pues realizó el reconocimiento pensional conforme la normatividad vigente para la época, no configurándose los presupuestos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 para imponer condena por concepto de intereses moratorios, máxime cuando la reliquidación que se ordena, se da por virtud de cambio de criterio

jurisprudencial, escenario en el cual, como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL2013 de 2023, M.P. Iván Mauricio Lenis, tal condena no resulta procedente; en su lugar y a efectos de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se ordenará pagar las diferencias pensionales resultantes de manera indexada.

Prescripción

Determinada la procedencia de reliquidar la prestación objeto de sustitución, se observa que al demandante le fue sustituida la prestación con ocasión del fallecimiento de la señora María Ducela, que tuvo lugar el 10 de enero de 2020, elevó reclamación administrativa ante la demandada el 13 de agosto de 2021, solicitando reliquidación pensional como se evidencia en expediente digital, e interpuso la acción objeto de pronunciamiento en el año 2022, siendo claro que no transcurrió el fenómeno prescriptivo respecto de las diferencias pensionales causadas a su favor a partir de la sustitución pensional, debiéndose reconocer esta como lo indicó el juzgador de instancia a partir del **10 de enero de 2020**, fecha de fallecimiento de la causante.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2019-724-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS IGNACIO CALDERÓN NAVARRO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor JUAN PABLO MELO, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Protección S.A., Colpensiones y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 9 de noviembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor LUIS IGNACIO CALDERÓN NAVARRO por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado en marzo de 1999, a la Administradora de Fondos de Pensiones Colmena hoy Protección S.A., que se declare como afiliación válida al Sistema General de Pensiones la efectuada al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones y que se encuentra válidamente afiliado al RPM. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes realizados por el demandante al RAIS, que se ordene a Colpensiones contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por el actor en el RAIS. Por último, solicita se condene a la entidad demandada al pago de las costas y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 13 de agosto de 1950, que inicialmente se afilió al Sistema General de Pensiones el 10 de diciembre de 1981, con el empleador Fundación Abood Shaio cotizando al entonces ISS hoy Colpensiones, que para la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contaba con más de 40 años de edad, que en el mes de marzo de 1999, y bajo el empleador Calderón II Ltda., se afilia al Régimen de Ahorro Individual a través de la Administradora de Fondos de Pensiones Colmena hoy Protección S.A., que al momento del traslado o vinculación al RAIS, no fue asesorado ni informado por la administradora de fondos privada de una manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; respecto de la conservación del régimen de transición, mucho menos las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este régimen y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales y lo que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

Refiere que a la fecha acredita un total de 1.867 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, que una vez realizada la proyección de la liquidación se estableció un valor de mesada pensional en el RPM para el año 2019, por valor de \$8.005.141, que se elaboró la proyección de la mesada pensional en el RAIS, arrojando un valor para el año 2019, de \$2.750.000, que el 30 de mayo de 2019, se radicó ante Colpensiones derecho de petición solicitando la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, que el 29 de mayo de 2019, se solicitó ante Protección S.A., la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, así como el traslado de los

valores aportados con destino a Colpensiones, que Protección S.A., dio respuesta negativa a la solicitud mediante oficio de fecha 19 de junio de 2019, que Colpensiones no ha dado respuesta a la petición, razón por la que se predica que la misma fue negativa la luz de lo dispuesto por el artículo 83 del CPACA.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los No. 1 a 4 y 9, negó el No. 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los No. 1, 3, 4, 6, 10 y 11, negó el numeral 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los numerales 1, 2, 4 y 9 parcialmente, 10 y 11, negó el No. 6 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, la oficina de bonos pensionales no funge como entidad de provisión social ni fondo ni administrador pensional, prescripción y aplicación del artículo 282 de la ley 1564 del 12 de julio de 2012, “por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones”.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor **LUIS IGNACIO CALDERÓN NAVARRO**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 1 de mayo de 1999. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

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

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

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** recibir los dineros provenientes de **PROTECCIÓN S.A.** y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia. **QUINTO: DECLARAR NO PROBADA** las excepciones propuestas por las demandadas **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR PROBADA las excepciones propuestas por la demandada **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO**, de falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe conformidad con la parte motiva de esta providencia, y, en consecuencia, **SE ABSUELVE** a esta demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cada una de ellas y a favor de la parte actora.

OCTAVO: Sin costas a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO.
 (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba demostrado con la historia laboral que el promotor del juicio efectuó el cambio del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual el día 19 de marzo de 1999, con la AFP Colmena hoy Protección S.A., información que se corroboraba con el reporte de Asofondos el cual se encuentra en el expediente digital, documento 005, página 42 y 43, igualmente efectuó un cambio de fondo a la AFP ING ahora también Protección S.A., el día 1 de abril

del año 2000, y finalmente, se trasladó a la AFP Protección S.A., el día 31 de diciembre del 2012, donde actualmente se encuentran sus aportes.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, a la AFP Protección S.A., es a la que le incumbía probar el deber que le impone el artículo 167 del CGP; no obstante, no logró demostrar en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia haber brindado al demandante al momento de la afiliación una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitieran conocer los efectos de trasladarse.

Conforme al escrito de demanda y del interrogatorio de parte realizado al actor, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del CGP, como quiera que de acuerdo al interrogatorio de parte realizado al demandante este declaró que el traslado lo realizó por mandato de su empleador y sólo se dispuso a firmar el formulario de afiliación trasladando, de esta manera la carga o la función de información por parte de la AFP a los empleadores sin justificación alguna, esto es, en el presente caso ni siquiera demostró que le dio directamente alguna clase de información al actor, mucho menos que la que le dio el empleador hubiere sido clara, objetiva, cierta y comprensible de las características de un régimen pensional.

Reiteró que la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste únicamente al fondo privado, dado que a lo sumo esta prueba un consentimiento libre de vicios pero no informado, siendo evidente que se configuró una violación al deber de información lo que devenía en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede verse validado por las cotizaciones efectuadas al RAIS o por el traslado realizado entre administradoras como reiteradamente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, se debía ordenar a la AFP Protección S.A., fondo en el que se encuentran los dineros del demandante trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta ahorro individual del actor, esto es, con todos los rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, igual en cuanto la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional debidamente indexados a la fecha de entrega a Colpensiones tal y como lo ha dispuesto la

Corte Suprema de Justicia como en sentencias SL 1421 de 2019, SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018, y SL 5680 de 2021, referente a que esta es la consecuencia inmediata de la declaración de ineficacia del traslado.

En cuanto al fenómeno prescriptivo indicó que el derecho a la pensión era imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte corría el tema referido de traslado, pues este es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente ligada al derecho fundamental en cuestión, por lo tanto, su exigibilidad podía darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos en materia laboral, sentencias entre otras SL 1688 de 2019, SL 1465 de 2021, y SL 1949 de 2021.

Paralelamente, declaró que Colpensiones podía obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal efecto.

Finalmente, y en relación con la responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo a lo declarado por el vinculado en la contestación de la demanda y revisada la normatividad aplicable al caso en concreto a efectos de revisar la responsabilidad o no del Ministerio, se tiene el Decreto 4712 del año 2008, modificado por el Decreto 192 del 2015, el cual establece que la participación que puede llegar a tener el Ministerio de Hacienda en este tema pensional recae directamente sobre la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de los bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, sin embargo, lo que se pretendía era el traslado del régimen pensional del actor, así las cosas, la AFP Protección el día 22 de abril de 2013, solicitó la emisión y redención del bono pensional de su afiliado, petición que fue atendida favorablemente por la Oficina de Bonos Pensionales mediante la Resolución 11027 del 27 de mayo de 2013, por lo que dicho Ministerio considera que actualmente no existe ningún trámite pendiente por atender por parte de dicha oficina en relación con el bono pensional del actor.

En este caso, si bien se solicitó por el Ministerio la nulidad de dicha resolución, advirtió que esta no es la oportunidad procesal para realizar este tipo de reclamaciones y, esta tampoco sería la jurisdicción competente para declarar

nulidades de actos administrativos, por ello, declaró probada la excepción propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe, absolviéndola de las pretensiones incoadas en su contra.

Como quiera que el valor del bono pensional del actor se encontraba en poder de la demandada Protección, debía devolver junto con los conceptos antes mencionados y así lo había indicado la Corte Suprema de Justicia como en sentencia Rad. 92284 del 18 de mayo de 2022, *“En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada.”*

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección S.A.**, recurrió respecto de la facultad que se otorgaba a Colpensiones de repetir en contra de Protección en caso de encontrarse perjudicada como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, señalando que era una decisión contra la ley, toda vez que el Sistema General de Pensiones está compuesto por el RAIS y el RPM de manera legal, es así como la Ley 100 de 1993, estableció la dualidad de estos regímenes o la coexistencia de los mismos y, así mismo, la sentencia C-086 de 2002, concluyó que el RAIS era exequible.

Tal declaración, está dando a entender que la declaratoria de ineficacia hace que el RAIS sea un régimen que no debe ser aplicable, no se está extendiendo únicamente esta decisión al caso puntual sino frente al mismo Sistema General de Pensiones, toda vez que, no existía una argumentación que permita concluir que Colpensiones se va a ver perjudicado porque el RPM se regula de una manera completamente diferente, es un régimen subsidiado y de manera legal se previó toda la regulación también del mismo RPM como al RAIS, de manera que no puede Protección S.A., asumir que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia pueda existir algún perjuicio económico para Colpensiones, perjuicio económico que se está derivando no sólo para Colpensiones sino para el Sistema General de Pensiones con este tipo de decisiones que permiten que los afiliados con negaciones indefinidas

realicen unos traslados de régimen sin necesidad de probar algo más o adicional y que está llevando a concluir que el RAIS es un régimen inaplicable y por tal razón está desconociendo la Ley 100 de 1993, y las normas concordantes que regulan el mismo.

Con dicha orden, se realizaba una interpretación errónea de la ley y no bajo los principios constitucionales inclusive del artículo 230 que orienta a que los jueces en sus decisiones deben basarse en la ley, que los criterios auxiliares como la jurisprudencia y la equidad son criterios de apoyo, pero no deben ser base para sus decisiones principales.

Solicita revocar la decisión en este punto, teniendo en cuenta que los efectos de la declaratoria de ineficacia también se sustentaron desde la misma sentencia judicial cuando se ordena a Protección a trasladar todos los aportes contenidos dentro de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros, las cuotas de administración, el seguro previsional que de entrada tampoco deberían ordenarse, por lo que no debe facultarse de otra forma a una acción judicial o legal para que el mismo sistema vaya en contra de sí mismo ya que es un sistema integral.

Por su parte, **Colpensiones**, recurrió señalando que no se daban los requisitos para que se hubiese declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional que llevó a cabo el promotor del proceso y al remitirse a los requisitos de validez de todo contrato, es claro que no se ven afectados ninguno de ellos toda vez que el demandante decidió de manera libre y voluntaria trasladarse de régimen pensional, así lo afirmó en el interrogatorio de parte y surtido en audiencia anterior, que no fue coaccionado por la AFP Protección toda vez que manifestó que de lo que le indicaron sus empleadores para ese momento, si quería permanecer en el trabajo y quería continuar debía afiliarse y trasladarse de régimen pensional, situación está que no endilga responsabilidad alguna a la AFP codemandada y menos aún a Colpensiones como para que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Solicitó de confirmarse la sentencia, se mantuviera la posibilidad de acudir a la vía judicial en contra de Protección, pues es claro que esto si representa un detrimento patrimonial para la entidad, dado que posteriormente debe reconocerse la pensión de vejez en favor del demandante, de igual manera, solicitó revocar la condena en costas a su cargo, pues Colpensiones debía

ejercer el derecho a la defensa pues sin la presencia de la entidad en este tipo de procesos no se podría dar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, recurrió señalando que, el valor del bono pensional ya redimido, no era una disposición que pueda ser trasladada de forma deliberada como lo manifiesta y como se acoge la jurisprudencia incluso en este tipo de asuntos, toda vez que existe un fundamento legal que permite o que establece que estos bonos pensionales solamente son reconocidos afiliados del RAIS, por tal motivo y a pesar que se está de acuerdo con las demás determinaciones y con la procedencia de la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de esta cartera ministerial y buena fe, recurría en cuanto a la no devolución del valor del bono, ya que estos recursos pertenecían al erario y al trasladarse sin un fundamento que así lo permita, generaría un detrimento patrimonial en contra de la Nación.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor LUIS IGNACIO CALDERÓN NAVARRO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada el 19 de marzo de 1999, a la Administradora de Fondos de Pensiones Colmena hoy Protección S.A., como se verifica de copia de dicha documental allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que efectuara el actor a ING hoy Protección S.A., el 1 de abril de 2000, y de ING a Protección S.A., el 31 de diciembre de 2012, de acuerdo con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por la AFP Protección S.A.

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

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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Luis Ignacio Calderón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera; y en interrogatorio de parte vertido por este, señaló que le indicaron un hecho incierto como que el ISS, se iba a acabar, no siendo de su resorte investigar la veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a al señor Luis

Calderón, quedando así demostrado que la demandada Protección S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable; razón por la cual y contrario a lo indicado por Colpensiones en su recurso, el traslado del actor, no se puede considerar como libre y voluntario, pues no conocía de las implicaciones del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de

las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Protección S.A., probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales del demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Por otra parte y en cuanto al argumento de Protección S.A., esbozado en su recurso referente al traslado de aportes contenidos dentro de la cuenta de ahorro individual, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por la Juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

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

De otra parte y si bien como lo indica Colpensiones en alegaciones, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio **no se sanea con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

En punto a la negativa a efectuar la devolución del bono pensional que, para el caso del actor, se probó que fue redimido y su monto trasladado a la AFP a la que se encontraba afiliado, contrario a lo indicado por el Ministerio de Hacienda en recurso y alegaciones, **no es posible** retornar dichos recursos como lo pretende, ya que al respecto la Corte Suprema de Justicia ha indicado que cuando ello ocurre, tales recursos que son de propiedad del afiliado, deben ser trasladados a órdenes de Colpensiones ante la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y así lo refirió en sentencia SL 1509 de 2021, M.P. Gerardo Botero Zuluaga:

*En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, **y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada** (art. 115 Ley 100/93). (Negrilla fuera del texto original)*

Determinado lo anterior y al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la sentencia recurrida.

Ahora, en cuanto a la absolución de condena en costas que peticiona Colpensiones, no se modificará esta por cuanto en los términos del artículo 365 del CGP, esa entidad resultó vencida en juicio, ya que en su contra se imponen obligaciones.

Finalmente y contrario a lo afirmado por Protección S.A., en su recurso, se considera que tal y como lo señaló la Juzgadora de primer grado hay lugar a DECLARAR que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de recurso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 22-2020-497-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAIRO RIVERA SIERRA

DEMANDADO: MAURICIO LLOREDA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de octubre de 2022 proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor JAIRO RIVERA SIERRA por intermedio de apoderada judicial, solicita que se DECLARE que prestó sus servicios profesionales al demandado Mauricio Lloreda, quien está obligado a pagarle los honorarios adeudados por dichos servicios, como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene al señor Mauricio a pagar a su favor

la suma de \$66.500.000, por concepto de honorarios pactados y no cancelados, junto con lucro cesante e intereses de mora.

Fundamento sus pretensiones señalando que el demandado contrató sus servicios profesionales de abogado para que lo representara en varios procesos de familia desde el año 2015, que adelantó dicha gestión profesional, la que fue ratificada mediante correo electrónico enviado al demandado en mayo de 2016, relacionando cada gestión y sus respectivos honorarios, que en correo que fuera remitido por el demandado, el 26 de mayo de 2016, reconoció su labor y le propuso una reunión para hablar sobre el monto total a pagar, luego, en mensaje del 17 de enero de 2017, le indicó que la próxima semana, le pagaría todo, que luego de varios requerimientos el demandado le indicó el 20 de junio de 2017 que había efectuado unos abonos que relaciona en escrito de demanda y los que suman \$20.240.000, quedando pendiente el pago de \$7.000.000, por el proceso de ofrecimiento de alimentos sin que a la fecha se hayan cancelado.

Refiere que adicionalmente, prestó los siguientes servicios para el demandado: Primera medida de protección Comisaría de Chapinero, Segunda Medida de Protección Comisaría de Engativá, contestación de acción de tutela presentada por su contraparte María Leticia, memoriales presentados ante la Corte Constitucional una vez seleccionada la acción de tutela, solicitud de nulidad de dicho fallo, modificación de puntos contenidos en el resuelve de dicha sentencia y capitulaciones, gestiones que comunicó al demandado mediante correos electrónicos, informándole el trámite de cada una de ellas, que a pesar de ello, el demandado omitió su pago y se reiteró la solicitud el 18 de marzo de 2019, remitiendo cuenta de cobro de lo adeudado hasta la fecha.

Que en respuesta a este último mensaje, el 20 de marzo de 2019, el demandado confirma los servicios prestados por él, que su labor fue satisfactoria ya que frente a ella no hubo ningún tipo de reclamación por parte del demandado, contrario a ello, resalta su labor en mensaje de correo del 20 de marzo de 2019, que no ha cubierto los valores adeudados a pesar de los requerimientos efectuados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificado en legal forma, el demandado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó parcialmente el 1.1. y negó los demás; propuso las excepciones que denominó pago, compensación e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el demandante JAIRO RIVERA SIERRA prestó servicios profesionales de abogado al demandado MAURICIO LLOREDA SALGADO.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado MAURICIO LLOREDA SALGADO a reconocer y pagar a favor del demandante JAIRO RIVERA SIERRA las siguientes sumas de dinero:

- a) \$5.000.000 por concepto de la primera medida de protección tramitada por la comisaria de chapinero, suma que deberá indexarse al momento del pago, teniendo en cuenta como fecha inicial el 17 de diciembre del 2018.
- b) \$7.000.000 por la segunda medida de protección tramitada en la comisaria de Engativá, suma que deberá indexarse al momento del pago, teniendo en cuenta como fecha inicial el 17 de diciembre del 2018.
- c) \$5.000.000 por el escrito de contestación de la acción de tutela presentada por María Leticia Mariño ante el Tribunal, suma que deberá indexarse al momento del pago, teniendo en cuenta como fecha inicial el 17 de diciembre del 2018.
- d) \$2.500.000 por concepto de las capitulaciones celebradas entre Mauricio Lloreda Salgado y Nina Bendzko, suma que deberá indexarse al momento del pago, teniendo en cuenta como fecha inicial el 17 de diciembre del 2018.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de pago, esto es, respecto del trámite que efectuó el demandante a favor del demandado denominado proceso de ofrecimiento de alimentos; y como consecuencia, absolver al demandado frente a dicho pedimento.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto al trámite que efectuó el demandante a favor del demandado denominado escrito de nulidad presentado ante la Corte Constitucional en relación con la sentencia T-462 de 2018; y como consecuencia, absolver al demandado frente a dicho pedimento.

QUINTO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez:

EL CONTRATO DE MANDATO

Es utilizado en el ámbito privado para encomendar la gestión de asuntos, está definido en el artículo 2142 del Código Civil como el acuerdo de voluntades por el cual una persona, denominada mandante, confía la gestión de uno o más negocios en otra, denominada mandatario, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

Nuestra legislación civil no estableció ninguna solemnidad para el perfeccionamiento del contrato de mandato, por tanto, puede celebrarse verbalmente, así, el artículo 2150 CC establece que se perfecciona con la mera aceptación del mandatario, acto que

puede ser expreso o tácito a través de actos de ejecución de la gestión encargada, gestión que puede fijarse en los modos señalados en el artículo 2149 CC.

El mandato civil puede ser gratuito u oneroso conforme el artículo 2143 CC y en caso de acordarse lo segundo, el pago lo hará el mandante en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidas por las partes según el artículo 2184 CC. Por su parte, el mandato comercial siempre será remunerado conforme el artículo 1264 CCo, siendo relevante considerar las actividades que son mercantiles conforme el artículo 23 CCo.

Respecto de la carga de la prueba en procesos en los que se reclama el pago de la remuneración por un contrato de mandato, la H. Sala de Casación Laboral señaló en la sentencia SL3212 de 2018, que quien reclama el pago de sus honorarios debe acreditar el adecuado desempeño de la actividad profesional para la cual fue contratado y que se acordó que tal mandato sería oneroso, posición que reafirmó en las sentencias SL2803 de 2020, SL1322 de 2021, SL2335 de 2021, SL343 de 2022, entre otras.

Adicionalmente, la citada corporación ha considerado que, si el contrato es oneroso, la parte demandante debe acreditar el monto pactado o en su defecto, probar el importe que generalmente cobran los abogados en dicho asunto, donde el trámite sea análogo al estudiado, como en la sentencia SL 2317-2020, radicación No. 67.788, M.P, Dolly Amparo Caguasango Villota.

Sea el momento de aclarar que, a falta de acreditación de estipulación del monto de los honorarios, se puede acudir a las tarifas definidas por los Colegios de Abogados, siempre y cuando se haya solicitado como prueba dentro del proceso, como lo consideró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4039-2020, radicación No. 73.395. Aclarado lo anterior, pasa el despacho a resolver,

EL CASO EN CONCRETO

El demandante aseguró en el hecho 1° que prestó los servicios profesionales como abogado a favor del demandado en varios procesos de familia y en el hecho 2° que acordó de manera verbal los honorarios.

Adujo en el hecho 4° de la demanda, que el valor total de los honorarios adeudados es de \$65.000.000, que se discriminan así:

- a. Proceso de ofrecimiento de alimentos por valor de \$7.000.000.*
- b. Primera medida de protección tramitada en la comisaria de chapinero por un monto de \$5.000.000.*
- c. Segunda medida de protección tramitada en la Comisaria de Engativá por la suma de \$7.000.000.*
- d. Contestación de acción de tutela presentada por “María Leticia” ante el Tribunal por valor de \$5.000.000*
- e. Memoriales presentados una vez seleccionada la tutela por la Corte Constitucional por un monto de \$5.000.000.*
- f. Solicitud de nulidad de fallo de tutela proferido por la Corte Constitucional por la suma de \$35.000.000*
- g. Capitulaciones de la señora Nina por valor de \$2.500.000*

Al respecto, el demandado aceptó que el demandante le prestó servicios profesionales en asuntos de familia y que convino el pago de honorarios; no obstante, aseguró que discutió y desconoció el monto planteado por el escrito de nulidad de fallo de tutela proferido por la Corte Constitucional.

Acto seguido, aceptó que acordó con el demandante por la medida de protección de Chapinero la suma de \$5.000.000, por la medida de protección en Engativá \$7.000.000, por la defensa dentro de la acción de tutela promovida en su contra ante el Tribunal de Bogotá \$5.000.000, por la elaboración y presentación de memoriales ante la Corte Constitucional \$5.000.000, por las capitulaciones maritales un valor de \$2.500.000 y por el trámite de ofrecimiento de alimentos y otros asuntos de familia \$7.000.000. Para un total de \$31.500.000.

Adicionalmente, arguyó que frente a dicha suma de dinero realizó pagos y/o aportes por valor de \$25.000.000 como lo reconoció el demandante en el correo electrónico que

le envió el 17 de diciembre del 2018; y en esa medida, adeuda al demandante la suma de \$6.500.000.

Ahora, al absolver interrogatorio el demandado reiteró conocer al demandante y aceptó que éste lo representó en varios procesos de familia, como lo fue en el proceso denominado ofrecimiento de alimentos por valor de \$7.000.000 en el año 2016, proceso de regulación de visitas por valor de \$7.000.000 en el año 2016, proceso de custodia de alimentos y visitas por valor de \$16.000.000 en el año 2016; adicionalmente, la apoderada de la parte demandante le preguntó si por dichos servicios había efectuado un pago de \$25.000.000 a lo cual respondió: es cierto.

Además, aseguró que se representó así mismo ante las comisarías de familia, respecto con las medidas de protección conocidas por la comisaria de Chapinero y la comisaria de Engativá, una en el año 2015 y otra en el año 2017; que en dicha oportunidad el demandante no lo representó, pero le deba consejos sobre el tema y le facturaba, además que no se acuerda que monto se pactó en dicha oportunidad.

En lo que respecta a la acción de tutela presenta por María Leticia ante el Tribunal adujo que el demandante lo acompañó en dicho proceso y le entregó memoriales al respecto.

En lo atinente al trámite de la acción de tutela ante la Corte Constitucional, adujo que buscó al demandante para acompañamiento y asesoría, que éste le entregó un documento que radicó ante la mentada corporación.

Frente a las capitulaciones aceptó que el demandante la elaboró.

De otra parte, aseguró que nunca acordó el monto de los honorarios con el demandante; sin embargo, que pagó quedando un saldo a favor actor. Por tal situación, cuando el demandante le cobró casi \$70.000.000 le preguntó de donde salía dicho monto.

Por su parte, el demandante al absolver interrogatorio de parte dijo que se dieron dos etapas en la prestación de los servicios, que la primera fue en el año 2017 o inicios del 2018, donde representó al señor Lloreda en un proceso donde fungía como demandante y en el otro como demandado, relacionados con alimentos y oferta de alimentos, en la segunda etapa, en el año 2018 y 2019, la que está cobrando, se trata de la medida de protección ante la comisaría de Chapinero, la medida de protección ante la comisaría de Engativá y lo relacionado con la acción de tutela.

Precisó que, si bien el demandado efectuó un pago, por la suma de \$25.000.000, fue de la primera etapa, la cual no está en discusión. Además, confesó que la oferta de alimentos es de la primera etapa, que no le está cobrando porque el demandado la pagó.

Arguyó que no celebró contrato escrito de prestación de servicios con el demandado, y por eso tuvo que presentar el presente proceso.

En otro asunto, cuando fue indagado por el apoderado de la parte demandada respecto del acuerdo de honorarios, contestó: que el demandado le decía conteste la tutela, presente la nulidad y vamos acumulando.

Además, al ser indagado sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se pactaron los honorarios por el escrito de nulidad de fallo de tutela ante la, h. Corte Constitucionalidad, afirmó: yo le presté al doctor Lloreda servicios profesionales de asesoría y preparación, “yo no le exigí a él ese pago... sino que le presenté una cuenta de cobro”; sin embargo, acto seguido afirmó que habló con el demandante lo relacionado con los honorarios antes de sentarse a estudiar el tema, que lo hizo de manera presencial y de manera telefónica y que aquél aceptó.

Conforme el escrito de demanda y los dichos de las partes al absolver interrogatorio de parte, el despacho concluye que:

- 1. El demandado aceptó la prestación personal del servicio del demandante, en cada uno de los trámites administrativos y judiciales señalados en el hecho 4° de la demanda, que son la base para las pretensiones de la demanda.*

2. El demandado aceptó los valores aducidos por el demandante, por concepto de honorarios, respecto de las medidas de protección, los trámites en razón de la acción de tutela, tanto en el tribunal, como en la corte constitucional, las capitulaciones y el trámite de ofrecimiento de alimentos; en esa medida, el único valor frente al cual mostró oposición, fue el de \$35.000.000 por el escrito de nulidad, presentado ante la corte constitucional.
3. El demandante confesó que el demandado le pagó los honorarios correspondientes al proceso de ofrecimiento de alimentos.
4. Además, se evidenció que el demandado efectuó un pago al demandante por la suma de \$25.000.000; frente al cual, se presenta controversia entre las partes, por cuanto, el actor aseguró que dicho pago corresponde a otros procesos que no se están discutiendo en esta instancia, mientras que el demandado afirmó que se trata de un abono a las sumas que se pretende en el presente asunto.

Bajo ese panorama, y de conformidad con la jurisprudencia en cita, le corresponde a la parte demandante acreditar el desempeño profesional para el cual fue contratado; carga que acreditó con la confesión del demandado al contestar la demanda y al absolver interrogatorio de parte.

Ahora, es carga de la parte actora también, acreditar el monto pactado, es decir, el acuerdo celebrado con el demandado respecto al valor que cobraría por determinado trámite; responsabilidad que probó respecto de la mayoría de los tramites enunciados, con la confesión del demandado al contestar la demanda y absolver interrogatorio de parte, salvo lo relacionado con el acuerdo de \$35.000.000 por el escrito de nulidad del fallo de tutela, presentado ante la Corte Constitucional, pues recordemos, que el demandado negó la existencia de acuerdo al respecto.

En consecuencia, no hay duda, que el demandado se comprometió a cancelar al demandante por:

1. *El proceso de ofrecimiento de alimentos \$7.000.000.*
2. *Por la primera medida de protección tramitada por la comisaria de chapinero \$5.000.000.*
3. *Por la segunda medida de protección tramitada por la Comisaria de Engativá \$7.000.000.*
4. *Por la contestación de acción de tutela presentada por “María Leticia” ante el Tribunal \$5.000.000*
5. *Por los memoriales presentados ante la Corte Constitucional en relación con la acción de tutela seleccionada \$5.000.000.*
6. *Por el escrito de capitulaciones celebradas por el demandado y la señora Nina \$2.500.000*

Ahora, frente a dichos trámites, el demandante al absolver interrogatorio de parte confesó que el demandado le canceló lo relacionado con el proceso de ofrecimiento de alimentos; en esa medida, frente a éste, de una vez dígame, que se declarará probada la excepción de pago y se absolverá al demandado de dicho pedimento.

De otra parte, el demandado aseguró que frente a los pedimentos solicitado por el demandante efectuó un pago parcial de \$25.000.000; para acreditar su dicho, allegó:

1. *Imagen de comunicación que efectuó con el demandante el 26 de mayo del 2016, vía correo electrónico, donde se plasmó:*

“2. En cuento a los honorarios, recuerde que son tres procesos. Dos iniciados por nosotros y uno por ellas, los dos nuestros son la oferta de alimentos y de visitas. En el de visitas no ha habido conciliación. No nos han dado traslado aún, después del traslado vine la audiencia de conciliación, si no hay conciliación vienen las pruebas. El de ellas es un solo proceso, es ese apenas nos notificaron la primera vez. Es cierto que su señoría me había dicho que le dijera el monto de los honorarios desde el comienzo, por supuesto que no se encuentra en mora, señor” (documento 013 pg. 16)

2. *Imagen de comunicación que efectuó con el demandante el 17 de diciembre del 2018, vía correo electrónico, donde se plasmó:*

“Apreciado doctor Lloreda.

El doctor Rivera me solicitó el favor de enviarle, el día de hoy, este correo que tiene en cuenta los honorarios cancelados y los por cancelar. Le agradezco me informe si hay alguna inconsistencia en los datos que le envío.

El valor total de los honorarios pactados es por \$36.240.000, discriminados de la siguiente forma:

Oferta de alimentos \$7.000.000

Visitas hasta primera audiencia \$7.000.000

Visitas desde la primera audiencia en adelante \$7.000.000

Conciliación Notaria \$2.000.000

Alimentos \$7.000.000

Tutela \$6.000.000

Copias Medicina Legal \$240.000.

En la contabilidad de la oficina tenemos los siguientes abonos que usted ha realizado

09/10/2015 \$2.000.000

19/10/2016 \$5.000.000

10/11/2016 \$7.000.000

26/01/2017 \$4.000.000

14/08/2017 \$2.000.000

Para un total de \$25.000.000

El valor de los honorarios pendiente a la fecha es de \$11.240.000”

De las citadas imágenes de correo, en armonía con los correos allegados por el demandante, se concluye que, en efecto, como lo dijo el actor al absolver interrogatorio de parte, asesoró al demandado en asuntos diferentes a los que se discuten en esa oportunidad.

Ahora, si bien se adujo que el demandado abonó la suma de \$25.000.000 por diferentes actuaciones, de conformidad con las precisiones efectuadas por el demandante respecto a los trámites por los cuales se está pretendiendo honorarios en el presente asunto, evidencia el despacho que, dentro de los procesos enunciados en el correo del 17 de diciembre de 2018, solo se hizo mención a la oferta de alimentos y la tutela pretendida en esta oportunidad; frente a lo cual, reitérese, en lo que atañe a la oferta de alimentos, el demandante aceptó que el demandado le pagó lo pertinente.

Adicionalmente, el despacho podría entender que dicho valor también envuelve lo relacionado con la acción de tutela; sin embargo, efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, se concluye que el abono efectuado no envolvió a la acción de tutela, pues la sumatoria de los demás trámites sobrepasan los \$25.000.000.

Sumado lo anterior, también debe tenerse en cuenta que el demandado al absolver interrogatorio aceptó que acordó con el demandante unos montos, por un proceso denominado ofrecimiento de alimentos, regulación de visitas y custodia de alimentos y visitas; es decir, por procesos que no se discuten en el presente asunto.

Así las cosas, el demandado no acreditó el pago aducido en relación con los asuntos puestos en discusión en esta instancia; como consecuencia, se condenará al demandado a reconocer y pagar: \$5.000.000 por concepto de la primera medida de protección tramitada por la comisaria de chapinero, \$7.000.000 por la segunda medida de protección tramitada en la comisaria de Engativá, \$5.000.000 por el escrito de contestación de la acción de tutela presentada por María Leticia Mariño y \$2.500.000 por concepto de las capitulaciones celebradas entre Mauricio Lloreda Salgado y Nina.

Ahora, como se presenta controversia respecto del pacto de \$35.000.000 por el escrito de nulidad presentado ante la Corte Constitucional en relación con la sentencia T-462 de 2018, le corresponde a la parte actora acreditar que acordó con el demandado dicha suma. Carga que no cumplió, y, por el contrario, de las imágenes de los diferentes correos, se evidencia que el demandado siempre se mostró inconforme frente al mismo, máxime que, el demandante al absolver interrogatorio de parte confesó respecto a dicho emolumento, que lo que presentó fue una cuenta de cobro, situación que pone de presente la falta de un acuerdo previo, aun cuando, acto seguido cambió su versión.

Al respecto, el despacho aclara que no hay duda de la prestación personal del servicio del demandante a favor del demandado en relación con el escrito de nulidad presentado ante la Corte Constitucional; sin embargo, esta juzgadora no puede asignar un monto por dicha prestación, en razón a que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL4039-2020 consideró frente a la aplicación por parte del Tribunal de una resolución del Colegio Nacional de Abogados en un caso como el

presente que "...uno de los principios básicos del derecho procesal es el de la necesidad de la prueba, conforme al cual, toda decisión judicial debe fundarse en las evidencias regular y oportunamente allegadas al proceso, principio que fue soslayado por el colegiado al edificar su decisión sobre una base probatoria inexistente"

En razón a lo anterior, y como se reitera, el demandante no probó acuerdo con el demandado en la suma de \$35.000.000 por el escrito de nulidad y tampoco se allegó prueba que esa suma es la que normalmente se cobra por dicha labor; se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto a dicho actuación y se absolverá al demandado frente al mismo.

Ahora, respecto de la pretensión de lucro cesante e intereses de mora; se absolverá al demandado a los mismos; por cuanto, respecto de los primeros, no existen hechos que lo sustente y frente a los segundos, solo proceden en caso de pacto al respecto, situación que no se demostró; no obstante, se condenará a la indexación de las sumas objeto de condena, para lo cual, se tendrá en cuenta como fecha inicial la del correo donde se planteó la deuda y la falta de pago, que no es otra que el 18 de diciembre de 2018.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió en cuanto a la absolución de la asesoría por la acción de tutela y los valores correspondientes al ofrecimiento de alimentos, respecto de los cuales, indicó el despacho no estar probado el convenio de los honorarios, no obstante, en los correos, carpeta tutela Corte Constitucional, se encuentra detallada la laboral del demandante respecto de dicho tema, igual en correo electrónico de octubre de 2019, se le indicó al demandado las sumas y conceptos adeudados, a lo que este indicó que sólo tenía reparo respecto de lo de la Corte Constitucional, no obstante en el 2019, señala que es claro y que paga a fin de año, por lo que reconocía los valores adeudados, además cuando en interrogatorio se le preguntó indicó adeudar algunas sumas y no precisó cuáles, los honorarios de la gestión en la Corte Constitucional sí se pactaron a través de correos electrónicos y se pasó por alto la aceptación de dichos valores por parte del demandado.

La parte **demandada**, recurrió señalando que, si bien era cierto entre las partes existieron varios acuerdos en cuanto al trámite de gestiones judiciales administrativas, las mismas fueron pagadas como se infiere del contenido de los interrogatorios de parte absueltos por las partes y del contenido de los correos electrónicos aportados en el trámite procesal, siendo evidente que no se había cumplido con unos de los requisitos fundamentales del contrato de mandato y es que no se demostró la gestión realizada por el actor a favor del demandado, no resultando suficiente los correos electrónicos, los que solo hablan de los trámites e información que debe suministrar un apoderado a sus clientes, pero no hablan de la gestión

efectivamente realizada, por lo que al no existir esta, no hay lugar a la condena.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados por las partes, encontrando como objeto de reproche la gestión realizada por el actor a favor del demandado y si hay lugar a condenar al pago de las pretensiones objeto de absolución.

Sea lo primero indicar que el régimen legal que regula la prestación profesional de servicios de los abogados es el previsto para el contrato de mandato en el libro IV, título 28 del Código Civil, no sólo por la naturaleza misma de la actividad que cumplen dichos profesionales, sino por virtud de lo definido en el artículo 2142 de dicho ordenamiento, según el cual, el mandato es un contrato en virtud del cual, una persona confía a otra la gestión de uno o más negocios.

Ahora bien, en lo referente con la retribución, el artículo 2143 del Código Civil dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado y que la remuneración es determinada por la convención de las partes, por la ley o por el juez, lo cual se encuentra en armonía con lo consagrado en el artículo 2184 ibídem, en su ordinal 3º, que prevé que el mandante está obligado entre otras cosas, a pagar al mandatario "...la remuneración estipulada o usual...", aclarando que si bien el citado artículo enseña que el mandato puede ser gratuito o remunerado, también se encuentra señalado en la Jurisprudencia que en el mandato civil, cuando no existe la costumbre de remunerarse se entiende que es naturalmente gratuito, siempre que las partes no hayan pactado remuneración, pero en el mandato comercial y en el judicial es de su naturaleza la retribución, cuando no se ha pactado la gratuidad, la que conforme el ya citado artículo 2143 C.C., puede ser determinada por convención de las partes, anterior o posterior a la celebración del mandato, por la ley o por el juez.

Conforme lo anterior, es claro en el presente que el contrato del que se deriva lo pretendido, constituye un contrato de mandato por virtud del cual, el demandado, le encargó al demandante de manera verbal, la gestión judicial y administrativa de varios asuntos.

Así las cosas, entrando en primer lugar al estudio de la existencia del contrato de prestación de servicios, pacto de voluntades que como se señaló fue acordado de manera verbal por las partes, ya que no se alega existencia alguna de un contrato suscrito, punto respecto del cual la parte demandante en interrogatorio, señala no haberse suscrito, no obstante, se tiene que contrario a lo indicado por el recurrente de la parte pasiva, se encuentra suficientemente acreditada la gestión del demandante en diferentes asuntos que le fueran encargados por parte del demandado, lo que se corrobora con la misma **confesión** que hiciera este último en diligencia de interrogatorio de parte, aceptando que el señor Jairo Rivera, le prestó servicios profesionales en asuntos de familia, en la medida de protección de Chapinero, la medida de protección en Engativá, defensa dentro de la acción de tutela promovida en su contra ante el Tribunal de Bogotá, en la elaboración y presentación de memoriales ante la Corte Constitucional, capitulaciones maritales y para el trámite de ofrecimiento de alimentos y otros asuntos de familia, indicando los valores por cada una de dichas gestiones, para un total de \$31.500.000, señalando que había pagado al actor la suma de \$25.000.000.

Así las cosas, el mismo dicho del demandado desvirtúa el argumento según el cual, no se demostró la gestión del actor, cuando fue plenamente aceptada por la parte demandada, al punto que le canceló diferentes valores al actor por cuenta de dicha gestión.

Ahora, frente al argumento de esta parte según el cual, el demandado efectuó la cancelación total de lo adeudado al actor por concepto de honorarios pactados, también este aceptó los valores acordados por las gestiones del actor y como bien lo refirió la decisión de primer grado, no allegó prueba alguna de haber cancelado las sumas pactadas respecto del adelantamiento de las gestiones de *primera medida de protección, segunda medida de protección, contestación de acción de tutela y elaboración de capitulaciones*, siendo procedente su condena como se señaló en la decisión de primer grado, al no haberse probado el pago de las mismas.

Por último y en cuanto al recurso interpuesto por la parte demandante, se evidencia que como bien lo adujo la decisión de primer grado, no se acreditó el monto de honorarios pactado por la presentación de escrito de

nulidad y contrario a lo señalado por esta parte, del mismo contenido de los mensajes de correo electrónico se evidencia que el demandado no se mostraba conforme con dicha suma y por ello, el demandante le envió por este concepto cuenta de cobro, como lo refirió en su interrogatorio; de tal manera, al no probarse la existencia de pacto previo en cuanto a esta suma, ni ninguna otra, ni recaer confesión sobre este aspecto, no hay lugar a imponer condena adicional a las indicadas en primer grado, razón por la cual, se **confirmará** la decisión recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte pertinente de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CRISTIAN DAVID ALFONSO LEAL VS
ISMOCOL SA, CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS SAS,
LLAMADAS EN GARANTÍA NACIONAL DE SEGUROS SA E ISMOCOL SA**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS SAS, en contra de la providencia de agosto 29 de 2023; por medio del cual se declaró NO probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones; para alguna de las pretensiones de la demanda. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de las demandadas Ismocol S.A. y Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S.

HECHOS

El señor **CRISTIAN DAVID ALFONSO LEAL**, a través de apoderado instauró demanda en contra de **ISMOCOL SA Y CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS SAS**, para que mediante un proceso ordinario laboral, **se declare que el demandante prestó servicios a ISMOCOL SA en virtud de un solo contrato**, solicita que se declare la solidaridad de **CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS SAS**, que existió un solo contrato en el que se desempeñó como operador camión grúa, con un salario de \$112.451, que el contrato se terminó el 7 de agosto de 2021. Sin justa causa. En consecuencia, solicita el pago de indemnización por despido injusto, horas extras y recargos nocturnos, dominicales

y festivos, viáticos, reajustes de aportes, prestaciones, **salarios en los presuntos periodos de interrupción**, reajuste de prestaciones extralegales, sanción moratoria del artículo 65 del CST, indexación, extra y ultra petita y costas del proceso. **En forma subsidiaria solicita se declaren varias relaciones laborales, con ISMOCOL SA en calidad de empleadora y se declare solidariamente responsable a CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS SAS.** (Expediente Digitalizado)

Al contestar la demanda, se propuso la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, señalando que solicita la declaración de un contrato solicita salarios entre un contrato y otro, lo que deja ver que fueron varios contratos. Agrega que de un lado se pide solidaridad y de otro lado que prestó servicios a la demandada, lo que evidentemente es contradictorio.

Mediante la providencia que hoy estudia la Sala el Juez de Primera Instancia decidió declarar no probada la excepción considerando en síntesis que: *“...Vamos a entrar a resolver entonces las excepciones previas propuesta, la de prescripción sin mayores disquisiciones; artículo 32, CST, vamos a diferir el estudio de la misma a la sentencia, teniendo en cuenta que en principio tenemos que establecer la procedencia o no de los derechos pretendidos por el demandante, y ahí si estudiamos el tema de la excepción de prescripción. Ahora bien, respecto de la falta de requisitos formales por indebida acumulación, se fundamenta ella en que las peticiones formuladas por la parte demandante en la pretensión quinta declarativa, se excluye con la décima octava declarativa y la décima décimo primero y décimo segunda condenatoria, como quiera que la pretensión quinta declarativa solicita el reconocimiento de una sola relación laboral y en la décimo decimoprimera y decimosegunda condenatoria, solicita el pago de salarios entre un contrato y otro, dejando ver que existieron varias relaciones laborales con Ismocol S.A., igualmente existe una indebida acumulación de acuerdo a la solicitud, respecto de las formuladas en el numeral segundo declarativo, respecto a las pretensiones declarativas y de condena, las que solicita la declaratoria de solidaridad, pues en la prestación la pretensión tercera declarativa solicita se declare que el demandante prestó servicios a la parte demandada, situación que se contradice y se yuxtapone por una parte, porque los extremos subjetivos con el contrato de trabajo son, por definición legal unipersonales, entre otras palabras, en un contrato de trabajo solo puede haber un trabajador y un empleador, y segundo, no puede declararse a la vez la existencia de un contrato de trabajo con la parte demandada y la solidaridad entre las codemandadas.*

Conforme a estos argumentos expuestos en la excepción, se revisa nuevamente las pretensiones de la demanda, el despacho advierte que la pretensión quinta declarativa de la demanda se solicita que se declare que existió una sola relación laboral sin solución de continuidad que inició el 10 de octubre del 2019, finalizó el 7 de agosto del 2021, lo cual para el despacho no resulta contradictorio con las pretensiones décimo primera y décimo segunda condenatorias, dado que las mismas se solicita, se condene a la demandada al pago de salarios y prestaciones sociales legales, prestaciones extralegales, bonificaciones convenidas en la guía de aspectos

mínimos laborales para trabajadores de contratistas causadas durante los **“supuestos periodos de interrupción entre contrato y contrato, es decir, que en efecto, la parte demandante considera que existió un solo contrato de trabajo, aunque formalmente haya existido varios contratos...”** Y en ese aspecto, para el despacho no existiría una indebida acumulación de pretensiones, igualmente, no podría considerarse que existe indebida acumulación de pretensiones respecto de las demás pretensiones referidas en la demanda, valga la redundancia, dado que es claro que el demandante pretende se declare que sostuvo relación laboral con Ismocol y respecto de Cenit, transporte, logística de hidrocarburos, únicamente se pretende su responsabilidad solidaria, aduciendo en el marco del contrato de trabajo que existió con Ismocol, prestaba servicios dentro de la ejecución del contrato comercial entre su empleador Ismocol y Cenit; por ende, Cenit se benefició según él, de la labor, lo cual le corresponde al despacho verificar en el trámite procesal; en ese sentido, atendiendo estas razones, conllevan a declarar no probada la excepción previa de falta de requisitos formales por indebida acumulación de pretensiones....”Ahora bien, finalmente, respecto de la excepción previa de falta de competencia funcional que se sustenta en que, de conformidad con lo dispuesto por la apoderada de la parte demandante respecto de la pretensión principal declarativa uno, la misma corresponde una solicitud que solo puede ser resuelta por la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del CPTSS, el juez laboral solo se encuentra facultado para pronunciarse respecto de “los conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente en el contrato de trabajo”; ahora bien, para resolver la excepción, nos remitimos a verificar nuevamente la pretensión de la demanda, específicamente la que hace referencia a la sociedad demandada y que se advierte que la misma se encuentra estipulada en los siguientes términos: “declarar que entre Ismocol en calidad de contratista y Cenit, transporte y logística de hidrocarburos, en calidad de contratante, se suscribió y ejecuta el contrato 8000004829, cuyo objeto se describió en el hecho primero de la demanda”. De esta manera al revisar el hecho uno de la demanda, en el mismo se indica que entre Cenit en calidad de contratante e Ismocol en calidad de contratista, se suscribió el contrato 8000004829, cuyo objeto contractual consiste en las obras de mantenimiento de infraestructura y líneas de transporte de hidrocarburos, de acuerdo con ello, el despacho, considera que en efecto, no podría pronunciarse frente a la pretensión primera declarativa, únicamente, dado que se encuentra relacionada con la existencia de un contrato de carácter comercial que no puede ser objeto de análisis por parte del juez laboral, dado que su competencia se limita a lo dispuesto en el artículo 2 del CPTSS; por ende, corresponde declarar probada la excepción propuesta, excluyendo únicamente la pretensión declarativa uno y se continuará respecto del proceso con las demás pretensiones formuladas....”

Incoforme con esta decisión la apoderada de CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS SAS, interpuso recurso así:”,“Atendiendo que en consideración a la excepción propuesta de indebida acumulación de pretensiones, en efecto, sí existe una indebida acumulación respecto a la pretensión quinta declarativa con la 18 declarativa y la décima, decimoprimer y decimosegunda condenatoria, teniendo en cuenta que la pretensión quinta declarativa solicita el reconocimiento de una sola relación laboral con la sociedad Iscomol y en las pretensiones décima, décimo primero y décimo segunda condenatoria, la parte

demandante en su escrito de demanda solicita el pago de salarios entre un contrato y otro, dejando ver que existieron en realidad varios contratos de trabajo con Ismocol, en ese sentido, es claro que o si solicita una unidad contractual, no puede solicitar el pago de salarios entre un contrato y otro, pues claramente son completamente excluyentes una pretensión de la otra y en ese sentido también existe una indebida acumulación de pretensiones respecto de las formuladas en el numeral segundo declarativa respecto a las pretensiones declarativas y la y de condena en las que el demandante solicita se declare la solidaridad, pues en las pretensión tercera declarativa, el demandante solicita que se declare que prestó servicios a la parte demandada, situación que se contradice, por una parte, porque los extremos objetivos del contrato de trabajo son, por definición legal unipersonales, en otras palabras, en un contrato de trabajo, solo puede haber trabajador y un empleador y en ese sentido no puede declararse a la vez la existencia de un contrato de trabajo con la parte demandada y la solidaridad entre las codemandadas en ese sentido, por lo que considero sí existe una indebida acumulación de pretensiones que debe ser subsanada por la parte demandante y debe separarlas debidamente para que no sean excluyentes una de la otra....

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, la sala se referirá al recurso, advirtiéndole desde ya que la decisión de la Juez de primera instancia, será CONFIRMADA contrario a lo solicitado por las demandas en alegaciones y el recurso resuelto aun cuando es escaso el argumento, toda vez que la recurrente se limita a repetir el argumento expuesto al interponer la excepción, ignorando los argumentos del Juez y sin que indique los motivos de su inconformidad. Veamos las razones.

Lo primero que precisa esta Sala es que en esta providencia; la Sala destaca las pretensiones y resalta la forma en la que fueron presentadas; destacando también que, de haber hecho una lectura correcta de las mismas; claro resultaría la improcedencia de la excepción.

Lo anterior porque revisada la demanda y tal y como también señaló el Juez la parte reclamó salarios **por los presuntos o supuestos periodos de interrupción; lo que gramaticalmente indica que se afirma no existieron, luego el argumento presentado carece de fundamento.** No obstante, obviando lo anterior tampoco habría indebida acumulación, cuando se pide o bien la existencia de un solo contrato o la de varios ello por las siguientes razones.

La CSJ, siempre ha sostenido la tesis de prevalencia del derecho sustancial, sobre las formas y **el deber del Juez de interpretar la demanda, para lograr este postulado, en caso de que en verdad exista confusión en las pretensiones.**

Vale recordar que en sentencia SL580 de agosto 21 de 2013 Rad N° 43604 la Corte Expresó:

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

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

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

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

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

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

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

los jueces están convocados a materializar tales aspiraciones, a través de una sentencia definitiva....”

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

En ese orden es claro que incluso y aun existiendo una indebida acumulación, debe el Juez interpretar la demanda para determinar cuáles son las principales y cuales las subsidiarias; si es que se considera que solicitar un solo contrato, o con base en lo acreditado varios, fueran pretensiones excluyentes. Y es que se itera, es deber del Juez, interpretar la demanda para así en el fallo tomar la decisión, reiterando que **el escaso argumento presentado por la recurrente no alcanza a quebrar la providencia**, sin que sobre agregar que en el entendimiento de la Sala, la indebida acumulación de pretensiones, planteada como excepción previa, tiene la finalidad de ajustar la relación jurídico procesal que se pretende entablar, a las posibilidades y exigencias formales que se prevén legalmente, de manera que se pueda arribar a una debida o normal finalización, mediante sentencia que decida de fondo sobre las pretensiones y no, mediante sentencias inhibitorias que resultan indeseables a los fines del proceso y los de la administración de justicia.

En ese sentido, la indebida acumulación de pretensiones plantea en su esencia la imposibilidad de **que el demandante quebrante principios lógicos en la formulación de sus pretensiones, de manera que persiga, por ejemplo, la afirmación de una situación y a la vez su negación, situando al juzgador en la imposibilidad fáctica, lógica y jurídica de pronunciarse respecto del fondo del asunto**. De tal gravedad debe resultar la acumulación de pretensiones, que sitúe al juzgador en el debate entre cumplir su deber constitucional de decidir de fondo los asuntos que son puestos a su consideración y el quebrantar principios bases del pensamiento racional, como el de no contradicción, identidad y tercero excluido, lo que no sucede en el este caso cuando luego de adelantado el juicio, puede el juez pronunciarse al respecto; sin que sobre recordar que el Juez laboral así como esta facultad para fallar extra y ultra petita, lo está para hacerlo, minus petita, lo que indica, que así se hubiera pedido un solo contrato, puede de acuerdo a las pruebas encontrar y definir que fueron varios y que si estas pretensiones se presentan así; el Juez debe como dijo la CSJ definir cuál es la valida, en términos de la CSJ y sin que sobre recordarlas “... **que aunque pueda existir contradicción en lo pedido, alguna de las pretensiones debe ser la válida, ya sea porque existió mayor énfasis en su argumentación, o porque la ubicación del texto permite argüir que se planteó como principal, o subsidiaria, aunque no lo haya puesto en un acápite específico,...”**

Costas en esta instancia, a cargo de la parte que recurre.

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

RESUELVE

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

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

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

De acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP inclúyase en la liquidación de costa una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de la parte recurrente.



MARLENY RUEDA OLARTE

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE WILLIAM RODRIGO VARGAS ORJUELA VS
ECOPETROL SA RAD N° 23-2022-482-01**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día nueve (9) de agosto de dos mil veinte (2023), en cuya virtud declaró probada la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario y ordenó la vinculación de COLPENSIONES (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la demandada Ecopetrol.

HECHOS

El señor **WILLIAM RODRIGO VARGAS ORJUELA**, instauró demanda en contra de **ECOPETROL SA**, para que reconozca y pague pensión plena de jubilación, según el Decreto 807 de 1994, con vigencia ultra activa del artículo 260 del CST (Expediente Digital). y con el 75% de los salarios del último año, al pago del incremento de la primera mesada pensional, al pago de reajustes e incrementos salariales; **ordenar a ECOPETROL solicitar y tramitar ante COLPENSIONES el traslado y retorno de aportes por el riesgo de vejez que el demandante cotizó antes de su ingreso a la demandada y los aportes que ha venido cotizando desde su afiliación forzosa dispuesta unilateralmente por la demandada, desde agosto de 2010**, servicios médicos para él y su núcleo familiar, extra y ultra petita y costas. (Expediente Digitalizado).

Previo a resolver la Sala precisa que la entidad demandada ECOPETROL al contestar la demanda en el numeral 5 del texto, acápite que denominó “EXCEPCIONES” y que dividió en dos numerales esto es; 5.1 EXCEPCIONES PREVIAS y 5.2 excepciones de mérito, **solo incluyó como excepción previa la de cosa juzgada, para luego proponer como de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, pago y compensación y buena fe.**

Como numeral 6 y en acápite diferente a excepciones la demandada solicita de acuerdo con lo establecido el artículo 61 del C G P, integrar el contradictorio vinculando a COLPENSIONES, insiste la Sala no como una excepción, medio de defensa exclusivo de la parte; sino como solicitud de vinculación de una parte.

En ese orden se equivocó el Juez al resolverlo como excepción previa, pues a pesar de estar en el texto de la contestación, se hizo como solicitud, **de vinculación y dicho desde ya de una parte, pues es así como el CGP considera a los litisconsortes, tema que vale la pena precisar pues tiene que ver con la procedencia del recurso.**

Efectivamente la sección segunda del CGP denominada PARTES REPRESENTANTES Y APODERADOS, contiene un TÍTULO ÚNCIO denominado PARTES TERCEROS Y APODERADOS. El capítulo I de este título regula la CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN (Arts 53 al 59); el capítulo II regula lo que denomina LITISCONSORTES Y OTRAS PARTES, (Arts 60 al 70); y el capítulo III, es denominado TERCEROS, (Arts 71 Y 72).

Como se observa la figura del litisconsorcio es considerada ya no como una intervención de terceros sino que es tratada como intervención de parte, justo por eso se habla de litisconsortes y otras partes, y se itera es necesario destacarlo porque la procedencia del recurso de apelación está ligada a esta consagración legal.

Es necesario entonces recurrir al artículo 65 del C P del T y de la S S que señala cuales autos son apelables, aclarando desde ya que se dejará sin efecto el auto que admitió el recurso pues no se trata; como ya se dijo, de la decisión de una excepción previa, aunque así haya sido considerado por el Juez, toda vez y se itera, que no se propuso como tal, sino como una solicitud aparte de vinculación de una parte.

En ese orden al artículo mencionada señala:

“ARTICULO 65. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACION. <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

1. El que rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada.
2. **El que rechace la representación de una de las partes o la intervención de terceros.**
3. El que decida sobre excepciones previas.
4. El que niegue el decreto o la práctica de una prueba.
5. El que deniegue el trámite de un incidente o el que lo decida.
6. El que decida sobre nulidades procesales.
7. El que decida sobre medidas cautelares.
8. El que decida sobre el mandamiento de pago.
9. El que resuelva las excepciones en el proceso ejecutivo.
10. El que resuelva sobre la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo.
11. El que resuelva la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho.
12. Los demás que señale la ley.

El recurso de apelación se interpondrá:

1. Oralmente, en la audiencia en que fue proferido el auto y allí mismo se concederá si es procedente.
2. Por escrito, dentro de los cinco (5) días siguientes cuando la providencia se notifique por estado. El juez resolverá dentro de los dos (2) días siguientes.

Este recurso se concederá en el efecto devolutivo enviando al superior copia de las piezas del proceso que fueren necesarias, salvo que la providencia recurrida impida la continuación del proceso o implique su terminación, caso en el cual se concederá en el efecto suspensivo.

El recurrente deberá proveer lo necesario para la obtención de las copias dentro de los cinco (5) días siguientes al auto que concedió el recurso. En caso contrario se declarará desierto.

Las copias se autenticarán gratuitamente por el secretario. Cumplido lo anterior deberán enviarse al superior dentro de los tres (3) días siguientes.

La sentencia definitiva no se pronunciará mientras esté pendiente la decisión del superior, cuando esta pueda influir en el resultado de aquella...”

En ese orden el único auto apelable es el que rechace la intervención de terceros, no el que acepte la intervención de una parte, como sucedió en este caso en el que el Juez encontró que es necesario vincular a COLPENSIONES, como litisconsorte, se itera e insiste como parte en estricto sentido; ordenando sea citado, luego el recurso es improcedente y así se declara, pues como ya se dijo antes, el auto que lo admitió se revoca de oficio de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 del C P del T y de la S S; sin que sobre reiterar que no se resuelve un

auto que decidió una excepción previa, que desde luego si es apelable, pues nunca fue presentada como tal.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación, declarándolo **IMPROCEDENTE**

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2021-301-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA BELSÚ RODRÍGUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor JHEISON SANTIAGO GARZÓN, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 2 de noviembre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A. Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora ANA BELSÚ RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizara ante Provenir S.A., como consecuencia de tal declaración, peticiona se condene a esa AFP a aceptar dicha ineficacia, que la asesoría por parte de sus asesores fue nula,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202100301-01 Dte: ANA BELSU RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

se le ordene trasladar a Colpensiones las sumas de dinero recibidas con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, frutos e intereses junto con indexación, se ordene su retorno al RPM, pago de intereses moratorios, indemnización en cuantía de 50 SMLV, por atentar contra su derecho pensional, solicita se condene a Colpensiones a recibir los dineros objeto de traslado y validarlos en su historia laboral.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 18 de julio de 1958, que prestó sus servicios en el sector privado a través de varios empleadores entre el 15 de febrero de 1976 al 8 de junio de 1992, que una vez creadas las AFP, iniciaron a ejercer una labor muy agresiva y engañosa para lograr afiliaciones, que cuando ingresó a laborar para la sociedad Julio César Restrepo y Cía S.A., junto con su contrato le entregaron un formato pre impreso para que se inscribiera al fondo Porvenir S.A., porque según el dicho de ese empleador, el ISS iba a desaparecer y debía afiliarse a un fondo privado, que no tuvo ningún trato con ningún promotor o vendedor de la AFP en mención, sólo suscribió el formulario de afiliación en la oficina de personal del empleador, que en dicho momento, no recibió ninguna asesoría o información que le permitiera comprender las consecuencias de suscribir dicho formulario, como las ventajas o desventajas que le acarrearía.

Indica que dicha omisión le trajo como consecuencia la renuncia al derecho pensional en el RPM, que suscribió el formulario de afiliación en comentario el 1 de febrero de 1996, sin que se le advirtieran los riesgos de dicha decisión, que su pensión en dicho régimen podría ser inferior que en el RPM, que no se podría pensionar sino acumulaba un capital suficiente, no le explicaron cómo funcionaba el fondo privado, como tampoco respecto de la existencia y redención del bono pensional, ni que de sus aportes se descontaría gastos de administración.

Señala por último que el 9 de febrero de 2021, presentó petición ante Porvenir S.A., solicitando la ineficacia del traslado, lo que le fue negado en comunicación del 8 de marzo de 2021.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202100301-01 Dte: ANA BELSÚ RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1 y 23 y negó los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte COLPENSIONES, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el contenido en numerales 1, parcialmente, 2 y 2.1 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante ANA BELSÚ RODRIGUEZ MOLANO al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de febrero de 1996, 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 los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Todo lo anterior, 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 la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que la CSJ, había señalado en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional que en virtud de lo previsto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en este tipo de casos se debía analizar si el acto jurídico que generó el traslado era libre voluntario, para lo cual, la administradora que promovió el mismo debía demostrar que le había indicado al afiliado tanto las ventajas como las desventajas del mismo, riesgos y beneficios de su decisión de traslado; esto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202100301-01 Dte: ANA BELSU RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

es, que le garantizó una libertad informada para que la decisión del afiliado, se considerara autónoma y consciente, la que no tenía tal connotación si el afiliado no conocía las incidencias de dicha decisión y su voluntad informada no se suplía con la simple firma del formulario, que igualmente la Corte había reiterado que dicho deber de las administradoras, se había creado con la promulgación de la Ley 100 de 1993, ya que con el tiempo este deber superaba el de la simple información pasando al del buen consejo, que los fondos de las AFP eran patrimonios autónomos y de propiedad de los afiliados, razón por la cual, se les debía aplicar las normas de los encargos fiduciarios tales como los artículos 1232 y 1243 del C co., de igual forma, conforme las disposiciones del Decreto 656 de 1994, todo fondo tenía la obligación de realizar un reglamento que contenga los derechos y obligaciones de los afiliados y debía serle puesto de presente a cada uno de ellos.

Que conforme a los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había que analizar el momento histórico en que se promovió la afiliación para determinar qué obligación le asistía a la AFP respecto de sus afiliados, debiendo probar estas últimas el suministro de información referente al traslado del afiliado requerido para la época, sin que la sola firma del formulario, acreditara tal circunstancia y se debía suministrar con independencia de si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional.

Descendiendo al caso bajo estudio, había quedado probado que la demandante se había afiliado a Porvenir S.A., el 1 de febrero de 1996, sin que se allegara copia del formulario suscrito por la demandante para poder cotejar si en efecto lo manifestado en la certificación correspondía a la fecha en que se suscribió el formulario, de igual forma y conforme el criterio jurisprudencial señalado, dicha documental y ninguna de las aportadas al plenario, daban cuenta del suministro de ningún tipo de información a la actora; y del interrogatorio de parte que había rendido esta, señaló que su empleador de la época, le impuso afiliarse a dicho fondo privado, sin que se le informara las características propias del RAIS, desprendiéndose de su dicho que simplemente suscribió el formulario de afiliación sin que mediara ningún tipo de afiliación, encontrando el despacho que para 1996 a la actora no se había informado de manera clara, suficiente y completa respecto de las características propias de cada uno de los regímenes, sus beneficios e



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202100301-01 Dte: ANA BELSÚ RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

inconvenientes ni la forma de acceder a los beneficios contenidos en cada uno de ellos.

Señaló entonces que había lugar a declarar la ineficacia de dicho traslado ordenando a Porvenir S.A., a efectuar la remisión de los fondos depositados en la CAI de la actora hacia Colpensiones, junto con rendimientos, gastos de administración y primas de seguro previsional, debiendo Colpensiones, aceptar dichos recursos y convalidarlos en la historia laboral de la demandante.

Señaló en cuanto a los intereses moratorios peticionados que no se configuraba mora en el pago de mesadas pensionales y los perjuicios reclamados, no se encontraban acreditados en el plenario.

Declaró no probada la excepción de prescripción como quiera que la acción adelantada tenía ineludible relación con la construcción del derecho pensional y este era imprescriptible.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora ANA BELSÚ RODRÍGUEZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que conforme certificación aportada por la parte demandante y la AFP Porvenir S.A., operó desde el 1 de febrero de 1996, sin que como lo refirió la juez de primer grado, se haya aportado formulario de afiliación, el que aceptó suscribir la señora Ana.

Sobre el particular y si bien se alegó la omisión al deber de información en el acto de **traslado**, escenario en el cual, lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia como bien lo indicó la recurrente figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202100301-01 Dte: ANA BELSU RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

No obstante lo anterior y habiendo quedado probado que conforme se evidencia en historia laboral expedida por la demandada Colpensiones aportada por esta en expediente administrativo que se allegó al plenario digital, la señora Ana como ella misma lo refiere en escrito de demanda, cotizó al entonces ISS por intermedio entre el 15 de febrero de 1976 al 25 de febrero de **1992**, para posteriormente como se señaló afiliarse al RAIS hasta el año **1996**, régimen para el que empezó a cotizar en calidad de dependiente como da cuenta la historia laboral allegada por Porvenir.

En este orden, evidencia la sala que contrario a lo indicado en la decisión de primer grado, para el caso de la señora Ana Rodríguez, no es posible abordar si su afiliación al RAIS en 1996, estuvo precedida o no de la información requerida al efecto para determinar la procedencia de la declaratoria de nulidad de traslado que predica, como quiera que es claro que para su caso en particular, **no operó un traslado de régimen pensional, sino una escogencia inicial de este**, ya que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el único régimen pensional existente era el RPM, en el que efectuó la actora cotizaciones hasta el año 1990, para posteriormente y en vigencia de la precitada Ley **escoger** como su administrador pensional a Invertir y posteriormente a Colpatria hoy Porvenir S.A., tal cuestión fue reiterada por la Sala Laboral de la CSJ en reciente sentencia SL 2259 de 2022, M.P. Luis Benedicto Herrera, en la que señaló:

Llegados a este punto del sendero, importa a la Corte precisar que la afiliación y la vinculación son figuras que presentan unas características propias, lo que impide equipararlas entre sí y, de consiguiente, darles el mismo tratamiento. Así lo adoctrinó la Sala en sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, al sostener que:

No obstante, estimó el Tribunal que la última afiliación era válida, porque, en su sentir, el traslado de régimen del afiliado del sistema de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, al de ahorro individual, administrado por COLFONDOS, se había efectuado respetando el término de los tres años previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque si, como lo había previsto la Corte Constitución en la sentencia T 235 de 2005, "...la afiliación es un acto que se produce una vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente la afiliación no es repetible, es vitalicia.", el ingreso del trabajador había operado, para estos efectos, desde su primera vinculación el 8 de abril de 1985 y, para cuando operó su traslado a COLFONDOS, había transcurrido un lapso muy superior.

De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202100301-01 Dte: ANA BELSU RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“Permanencia de la afiliación. La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.” (Subrayas fuera de texto)

Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a regir el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar un de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así las cosas, evidencia y reitera la sala la imposibilidad de efectuar el estudio de la omisión en la información que alega en el acto de traslado de régimen cuando en esta oportunidad no medió dicho traslado, sino una selección inicial de régimen por parte de la actora que en los términos del Decreto 692 de 1994, optó por pertenecer al RAIS y en su caso en particular, si bien indica que fue por injerencia de su empleador, ello no se probó, aunado a que, como se señaló, no mediaba obligación alguna del fondo privado de brindar la información alegada, ya que la actora desde 1992, había dejado de cotizar al ISS y eligió en vigencia de la Ley 100 de 1993, pertenecer al RAIS.

Por lo señalado en precedencia, se dispondrá **REVOCAR en grado de consulta** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el grado jurisdiccional, las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26202100301-01 Dte: ANA BELSU RODRÍGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en grado de consulta la sentencia de primera instancia, conforme lo señalado en la parte pertinente de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional, las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 08-2020-00469-02
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA ESPERANZA PARRA GARZÓN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de septiembre del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora GLORIA ESPERANZA PARRA GARZÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que la AFP PROTECCIÓN asesoró de manera errada e inadecuada



sin un análisis jurídico y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba su traslado al RAIS; que se DECLARE que la AFP PROTECCIÓN no le suministró una información completa, verídica y comprensible. Como consecuencia, se DECRETE la nulidad del traslado al RAIS la AFP PROTECCION; se ORDENE a la AFP PROTECCION trasladar a la demandante al RPMPD junto con los rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca se hubiese trasladado; se CONDENE a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de marzo de 1962; que se vinculó al ISS el 01 de agosto de 1988 con el empleador COLOMBO PAN. DE ALIM.; que el 01 de junio de 1999 por una mala asesoría se trasladó del RPMPD al RAIS a la AFP PROTECCIÓN; que al momento del traslado le manifestaron que no perdería ningún beneficio, por el contrario podría pensionarse antes de la edad requerida en el RPMPD y que recibiría una pensión en un monto superior; que actualmente se encuentra afiliada a la AFP PROTECCION; que logró cotizar 355.14 semanas en el RMPMD y 966 semanas en el RAIS; que cuenta con 58 años de edad a la presentación de la demanda; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 5, 6, 7, 12, 13 y 14; manifestó no constarle el 2, 10, 11, 15, 17 y 20 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver



la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 10 y 11; negó el 7; dijo que el 17, 18 y 19 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora GLORIA ESPERANZA PARRA GARZON, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 01 de junio de 1999 mediante su afiliación a PROTECCION, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora GLORIA ESPERANZA PARRA GARZON conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCION a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora GLORIA ESPERANZA PARRA GARZON, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.



CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCION y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCION liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de un millón de pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no bastaba con el formulario de afiliación; que aplica la línea jurisprudencial de la CSJ; que no se puede extraer confesión del interrogatorio de parte; que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición y que la AFP no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del mismo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Gloria Esperanza Parra Garzón, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCION en el año 1999 entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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



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

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

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



De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la falladora de primera instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Gloria Esperanza Parra Garzón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1999; por lo que se debe dar por demonstrado que la demandada PROTECCIÓN, al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



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

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PROTECCIÓN, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la



realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar; que podía pensionarse con una mesada superior y a menor edad.

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

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

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



Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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



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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el



valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14 2022 00253 01
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO
DEMANDANTE: RAMIRO VARGAS OSORNO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente:

AUTO

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto por la ejecutada, contra la providencia del 11 de abril de 2023, mediante la cual, se declaró probada la excepción de compensación propuesta en la suma de \$2.200.000, quedando un saldo insoluto de \$2.200.000 a favor de Colpensiones y se condenó en costas de la ejecución a esta última.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes, la parte ejecutante, solicita se confirme la decisión recurrida.

ANTECEDENTES

El juez de primer grado, libró mandamiento de pago a favor del ejecutante por concepto de las condenas impuestas en trámite de proceso ordinario de primera instancia condenando a Colpensiones, a efectuar el reconocimiento y pago de reconocimiento pensional a partir del 1 de febrero de 2014, condena que señaló ascendía a la suma de \$7.918.241, correspondiente a la mesada pensional de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105014 2022 253 01 Dte: RAMIRO VARGAS OSORNO Ddo.: COLPENSIONES

dicho periodo, junto con intereses moratorios y las costas de proceso ordinario, decisión que fue confirmada por esta corporación.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

En audiencia de que trata el artículo 42 CPTSS, la juez de conocimiento, declaró probada la excepción de compensación propuesta por la ejecutada, quedando un saldo insoluto de \$2.200.000 a su favor y a cargo del ejecutante, **imponiendo costas de la ejecución a cargo de Colpensiones.**

Como sustento de su decisión indicó la Juez frente a la prescripción que, la misma debía fundarse en hechos posteriores a la providencia, requisito que no se cumplía, ya que la pasiva fundamentó la misma en hechos anteriores a la sentencia objeto de ejecución, por lo que se tornaba improcedente. Frente a la excepción de inembargabilidad, refirió que en el proceso no se había decretado medida cautelar alguna contra Colpensiones, aunado a ello, esta no se encontraba enlistada dentro de las que podían ser propuestas conforme el artículo 442 del CGP.

En cuanto a la excepción de compensación, según el artículo 1714 del C.C., se configuraba cuando dos personas eran deudoras la una de la otra, se encontraba demostrado que la pasiva era acreedora del demandante en la suma de \$4.400.000 por concepto de costas generadas en el recurso de casación y a su vez, deudora del demandante en la suma de \$2.200.000, por concepto de costas de primera instancia, ambas partes eran recíprocamente deudoras, extinguiéndose la obligación de Colpensiones de sufragar al demandante la suma de \$2.200.000 que había sido impuesta a su cargo, quedando a favor de esta un saldo insoluto de \$2.200.000, sin que resultara viable compensar esta suma con las costas de la ejecución como lo peticionaba el actor, dado que por virtud de los artículos 1714 y 1715 del C.C., para que esta figura opere las deudas deben ser exigibles y en ese estadio procesal, aún no existía imposición de costas y menos liquidación y aprobación de las mismas.

En cuanto a la excepción de carencia de requisitos de título ejecutivo, refirió la juez que las falencias endilgadas al título ejecutivo, sólo podían ser alegadas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105014 2022 253 01 Dte: RAMIRO VARGAS OSORNO Ddo.: COLPENSIONES

mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo como lo indicaba el artículo 430 del CST, por lo que tampoco prosperaba dicha excepción, finalmente, impuso condena en costas de la ejecución a cargo de la pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con dicha decisión, Colpensiones recurrió señalando que no compartía la decisión mediante la cual se había impuesto costas procesales, al no haberse demostrado su causación dentro del proceso, pues no se habían aportado facturas, informes de gastos en que se incurrió para imponer las mismas.

CONSIDERACIONES

En aras de resolver el recurso de apelación interpuesto, encuentra oportuno la Sala referirse a la definición que sobre costas procesales ha señalado la jurisprudencia¹ cuando indica que son ***"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"***, conformada por dos rubros distintos: (I) las expensas y (II) las agencias en derecho. En cuanto a las agencias en derecho ha manifestado que no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho.

El numeral 4° del artículo 366 del Código General del Proceso es la norma llamada a regular lo referente al tema y que indica que se debe acudir a las tarifas establecidas para los efectos por el Consejo Superior de la Judicatura, siendo perentoria dicha disposición en que además debe tenerse en cuenta:

“....La naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que se pueda exceder el máximo de dichas tarifas...” (Subrayado)

¹ Sentencia C-089 del 2002



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105014 2022 253 01 Dte: RAMIRO VARGAS OSORNO Ddo.: COLPENSIONES

Conforme lo señalado en precedencia, es claro para la Sala que no hay lugar a variar la decisión recurrida, ya que, atendiendo a la normatividad antes transcrita, la imposición de costas procede contra la **parte vencida en el trámite procesal**, y su cuantía, la que dicho sea de paso, no fue recurrida es la que atiende a la demostración de los gastos a que alude a pasiva en su recurso.

Así las cosas, como quiera que Colpensiones ha sido vencida en el trámite procesal desde el trámite ordinario y no efectuó el pago de las acreencias adeudadas de manera oportuna, debiendo el actor, adelantar la acción ejecutiva, es clara la procedencia de las costas procesales impuestas en su contra, ante la renuncia en el cumplimiento de sus obligaciones, razón suficiente para **confirmar** el auto recurrido.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme o señalado en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá
Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105014 2022 253 01 Dte: RAMIRO VARGAS OSORNO Ddo.: COLPENSIONES


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2021-00388-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ROCÍO DEL PILAR GARCÍA MEJÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES representada legalmente por la Dra. **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.227.003 y tarjeta profesional No. 214.303 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. AMALIA LOAIZA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.117.532.254 tarjeta profesional No 384.062 del C.S de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 02 de noviembre de 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora ROCÍO DEL PILAR GARCÍA MEJÍA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se ORDENE que el acto de voluntad de trasladarse a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy PORVENIR y, posteriormente a COLFONDOS se obtuvo mediante error y por tanto, el consentimiento se encuentra viciado de nulidad al no habersele brindado una información clara, completa y por escrito; que se DECLARE la ineficacia de la afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy PORVENIR y posteriormente a COLFONDOS S.A., como consecuencia, se DECLARE que su afiliación a COLPENSIONES se encuentra vigente; se ORDENE a COLFONDOS que una vez ejecutoriada la sentencia se sirva trasladar los aportes realizados junto con los respectivos rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES y asumir las diferencias que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes; que se ORDENE a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS el 30 de mayo de 1989 para los riesgos de IVM; que fue trasladada del RPMPD al RAIS con la afiliación efectuada por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER posteriormente al FONDO DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR y por último se trasladó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; que suscribió la vinculación al RAIS sin la asesoría correspondiente del asesor comercial de la administradora de pensiones; que no se le brindó la información clara, completa y contundente sobre los perjuicios y beneficios que implicaban su traslado, ni sobre las modalidades de pensión en el RAIS, etc.; que solicitó su retorno al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3 y 10 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad del orden Público, buena fe y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el 1, 2, 10, 11, 12 y 13 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Finalmente, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 4, 5, 6, 7, 8 y 9 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la genérica, compensación y pago.

Mediante escrito del 14 de diciembre del 2021 se reformó la demanda para modificar el hecho 3° de la demanda. Reforma que fue contestada por las demandadas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante ROCÍO DEL PILAR GARCÍA MEJÍA, a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y la vinculada PROTECCIÓN S.A., como quiera que el traslado de régimen de la demandante acaeció con COLFONDOS S.A., tenía plena validez jurídica

SEGUNDO: CONDENAR a la demandante ROCÍO DEL PILAR GARCÍA MEJÍA, al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de COLFONDOS.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal vigente a favor de PROTECCIÓN S.A....”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la demandante dice en su demanda que se trasladó a la AFP Horizonte pero que no se prueba que haya estado en ese fondo; que su primera afiliación al RAIS fue con Colfondos; que se pide que se declare que hubo un error al trasladarse a la AFP Horizonte y nunca estuvo en dicho fondo; que los hechos y pretensiones deben probarse no basta con que la demandante diga que estuvo en un fondo cuando no lo estuvo que se debe analizar cada caso en concreto que se acoge el criterio emitido por la procuradora y deberá absolverse de la totalidad de las pretensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** recurrió señalando que, nunca le fue informado por parte de Colfondos, ni de Horizonte sobre la modalidad de pensión en el RAIS y las diferencias con las que obtendría en el RPMPD, ni la posibilidad de retractarse de su afiliación y de retornar al RPMPD antes de que le faltaren menos de 10 años para cumplir con la edad exigida para acceder a la pensión; que no cumplió con la obligación de entregarle físicamente el plan de pensiones, ni el reglamento de funcionamiento tal y como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994. Que las obligaciones a cargo de los fondos Horizonte hoy Porvenir y Colfondos claramente han sido omitidas y



dan lugar a la nulidad pretendida con la demanda. Que del interrogatorio de parte no se puede extraer una confesión diferente a unas bolsitas que habla la demandante, pero por hablar de unas bolsitas en un régimen o en el otro eso no puede llevar a la conclusión de un operador judicial de que fue plenamente informada. Que no se observa que exista documento alguno en el que se demuestre que recibió la información necesaria sobre las diferencias en las que obtendría la pensión en el RPMPD ni mucho menos de la posibilidad de retracto con la posibilidad de cumplir las obligaciones de los fondos para el cumplimiento de las obligaciones para que la demandante goce de su pensión; que nunca le dieron el reglamento de funcionamiento del fondo por escrito tal y como se lo ordena el Decreto 656 art 15. Que frente a la posición del operador judicial solicita que esta Corporación revoque de manera total la sentencia proferida por el juzgado en el día de hoy y en su lugar conceda todas las pretensiones de la demanda que existe confesión de la apoderada de Colfondos en los alegatos de conclusión en donde dice que la demandante estuvo con Horizonte, que la demandante lo manifiesta en el IP que tenemos pruebas de que si estuvo con horizonte. Que se probó que existió un traslado al RAIS y que la demandante se encuentra en un fondo privado como es Colfondos y si no existe prueba del traslado a horizonte la juez pudo haber fallado la nulidad del traslado a Colfondos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora Rocío del Pilar García Mejía, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en el año 1999 entidades en la que se encuentra afiliada actualmente.

Siendo necesario precisar que si bien el demandante señala en su demanda que se afilió a la AFP HORIZONTE no aparece en el expediente ninguna prueba de ellos; sin embargo, si se encuentra probado que en el año 1999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos y como quiera que en las



pretensiones solicita se declare la nulidad de dicho traslado por omisión de la información se equivocó la falladora de primera instancia al absolver y no estudiar la validez de dicho traslado.

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

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

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



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

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

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



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

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

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

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

Y es que la demandante en ningún momento confesó haber recibido la información en los términos señalados por nuestra CSJ.



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

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

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

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



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la señora Rocío del Pilar García Mejía a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ordenándole a dicha entidad, efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual de la demandante a órdenes de Colpensiones, junto con rendimientos y dineros descontados de su cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

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

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

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



emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional.

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

Y teniendo en cuenta que no existe prueba dentro del expediente que permita inferir que la demandante estuvo afiliada a HORIZONTE hoy PORVENIR se le absolverá a dicha entidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Pensión de Vejez

En cuanto a la pretensión encaminada al reconocimiento pensional de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a Colpensiones a reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración, como consecuencia de la ineficacia que se declarará en esta oportunidad, razón por la cual el estudio frente al reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se absolverá de esta pretensión.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de Colpensiones y Colfondos.



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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante **Rocío del Pilar García Mejía**, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual en el año 1999 a la AFP COLFONDOS, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante **Rocío del Pilar García Mejía**, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

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

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas Colpensiones y Colfondos.

SEXTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de Colpensiones y Colfondos.



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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 07-2019-00340-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: HENRY LAVA O PALOMINO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por todas las demandadas, y del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 02 de junio de 2022.

ANTECEDENTES

El señor HENRY LAVA O PALOMINO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad de su afiliación al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.; se ordene su traslado al RPMPD; se DECLARE que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, debiendo reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de sus aportes pensionales; se DECLARE que COLPENSIONES debe aceptar su vinculación al RPMPD recibiendo los valores que debían ser trasladados; se DECLARE que la AFP PROTECCIÓN debe reconocer y pagar la suma de 50 SMMLV de



que trata el artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculado al RPMPD hasta que suscribió formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN desde el 16 de octubre de 1996; que los asesores del fondo privado lo indujeron de forma errónea a trasladare de régimen; que nunca se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó su traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 14, 15, 34 y 35; negó el 16; y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, la innominada o genérica.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 3, 16, 26, 27 a 33; manifestó no constarle el 1, 2, 7, 15, 25, 34 y 35 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica.



Finalmente, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 8, 13, 19, 20, 21 y 23; y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: • El señor Henry Lavao Palomino con la AFP Colmena, hoy Protección del 16 de octubre de 1996, contenida en el formulario No. 60000240934. • El señor Henry Lavao Palomino con la AFP Skandia del 18 de junio de 1999, contenida en el formulario No. 93928. • El señor Henry Lavao Palomino con la AFP Protección del 01 de junio del 2000, contenida en el formulario No. 5380735.

SEGUNDO: ORDENAR a Protección a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Henry Lavao Palomino, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Protección y Skandia S.A. incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial Colpensiones.



QUINTO: *Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Skandia y Protección.*

SEXTO: *Se condena en costas a los fondos privados Protección S.A. y Skandia S.A., a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. No hay condena a cargo de Colpensiones.*

SÉPTIMO: *REMÍTASE EN CONSULTA.”*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no bastaba con el formulario de afiliación; que aplica la línea jurisprudencial de la CSJ; que no se puede extraer confesión del interrogatorio de parte; que la AFP no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del mismo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión **Colpensiones** interpone recurso de apelación argumentando que dentro del proceso no obra prueba alguna que demuestre que nos encontramos frente a un vicio del consentimiento, como lo es el error, fuerza o dolo; que nos encontramos frente a un error en un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir en la validez del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado. Que dentro de los expedientes relacionados con nulidad de traslado se ha venido dando una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C. que hace que la responsabilidad este en cabeza exclusivamente de los fondos y convierte esto en una responsabilidad objetiva, pues no le exige al demandante una prueba donde se demuestre que existe un vicio del consentimiento al momento en que se afilió al RAIS, pero si obliga que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado sin que exista un menor esfuerzo procesal, toda vez que dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos. Que existen obligaciones reciprocas por parte de los demandantes, obligaciones que están consagradas en el Decreto 2241 del 2010 en su artículo 4° como son informarse sobre el sistema general de



pensiones a través de los canales de comunicación y divulgación; que existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados; que en el presente caso se destaca el silencio del demandante en el transcurso del tiempo, por lo que se entiende que su decisión es consciente de permanecer en el RAIS. Que trae a colación la sentencia del 2018-445 donde el Magistrado David Correa indica y advierte sobre la prohibición legal que existe en este tipo de procesos y a su vez manifiesta que no es viable que los demandantes pretendan una nulidad de traslado cuando observo que su pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas y por ende los demandantes deben someterse a las condiciones que aceptó al firmar el formulario de traslado al fondo privado. Que se presenta una descapitalización del sistema, con personas que no contribuyeron a su pensión vienen a último momento a recibir una pensión cuyo pago desfinancia el sistema pensional.

Por su parte, la **AFP Protección** interpuso recurso de apelación argumentando que no esta de acuerdo con la condena impuesta por devolución de los gastos de administración debidamente indexados, pues conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003 estos descuentos se encuentran debidamente autorizados tanto en el RPMPD como en el RAIS. Que resulta improcedente declarar la ineficacia y condenar a dicha entidad a devolver los rendimientos financieros causados por su buena gestión teniendo en cuenta que si el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado original, pues es procedente devolver estos rendimientos financieros, pero no sería procedente ordenarle además que devuelva los gastos de administración que fueron los rubros mínimos que se descontaron por los buenos rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual del demandante. Que con esta decisión se estarían afectando derechos de terceros de buena fe como son los seguros previsionales que dicha entidad contrato para los casos de invalidez o de muerte; que dichas aseguradoras no fueron llamadas a juicio; que se está vulnerando el derecho a las restituciones mutuas en los casos en que se declara la nulidad o ineficacia y se estaría generando un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.



Finalmente, **Skandia** interpone recurso de apelación argumentando que Skandia siempre actuó de buena fe al momento de realizarse el traslado horizontal que realizó la actora en el año 1999; que lo hizo de forma libre, voluntaria y consciente con la suscripción del formulario de afiliación cumpliendo así con las obligaciones que estaban a su cargo; que no se le puede ordenar que devuelva todas las sumas por concepto de gastos de administración indexados. Que no es procedente declarar la ineficacia del traslado pues dicha entidad cumplió con la obligación de brindar la información necesaria. Que la afiliación si es susceptible de la prescripción. Que al ordenarse devolver los gastos de administración se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Que dicha comisión no hace parte de las sumas que financian las pensiones. Que al ordenarse la devolución de los gastos de administración indexada se estaría generando una doble sanción.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Henry Lavao Palomino, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLMENA hoy PROTECCION en el año 1996 y, posteriormente con la AFP SKANDIA en el año 1999 y con la AFP PROTECCIÓN en el año 2000: ésta última entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

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



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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la falladora de primera instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Henry Lavao Palomino, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLMENA hoy PROTECCIÓN, al ser la AFP que promovió el



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

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



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

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

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

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

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



manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar; que podía pensionarse con una mesada superior y a cualquier edad.

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

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

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

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.



No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento. Tampoco puede alegar que se tengan en cuenta las sentencias SU 062-2010 o C 1024-2004 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino frente a la ineficacia del mismo.

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

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

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas



decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención. Ni tampoco puede aplicarse una sentencia de esta Corporación con ponencia del H.M. David Correa como quiera que esta contrariando lo expuesto por la CSJ.

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

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

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

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



como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia. **Sin costas** en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

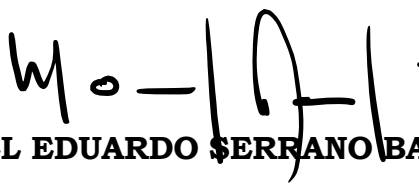
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 26-2021-00025-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: SANDRA LILIANA LOSADA MARTÍNEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES representada legalmente por la Dra. **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.227.003 y tarjeta profesional No. 214.303 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.018.435.921 tarjeta profesional No 277.810 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP Skandia, y del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de noviembre de 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora SANDRA LILIANA LOSADA MARTÍNEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad de la afiliación efectuada del RPMPD al RAIS el 28 de noviembre de 1995 a través de la AFP PORVENIR por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando el consentimiento para que se trasladara al RAIS. Como consecuencia, solicita se DECLARE la nulidad de la afiliación efectuada el 13 de septiembre del 2006 con la AFP SKANDIA; se ORDENE a la AFP SKANDIA retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD; se ORDENE a COLPENSIONES recibir en el RPMPD a la demandante como afiliada sin solución de continuidad, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social del Distrito hasta noviembre de 1995 logrando cotizar un total de 502 semanas; que para el mes de noviembre de 1995 se afilió a la AFP PORVENIR sin que se le brindara la información necesaria al momento de su traslado; que los asesores de la AFP SKANDIA la mantuvieron en el error al momento de trasladarse a dicha entidad; que tiene cotizadas un total de 1514 semanas a enero de 2020; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de mérito que denominó perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliada, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe y la innominada o genérica.

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 12 y 15; negó el 5, 6, 7 y 8 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Finalmente, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 10; dijo que el 11, 14, 16 y 18 eran parcialmente ciertos; y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Skandia no participó, ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares .

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante SANDRA LILIANA LOSADA MARTÍNEZ al régimen de



ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones SKANDIA a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO. ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA de las pretensiones incoadas en su contra por parte de SKANDIA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y SKANDIA, a razón de un cincuenta por



ciento (50%) a cargo de cada una, y a favor de la demandante, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

OCTAVO. CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA, y a favor de MAPFRE SEGUROS DE VIDA, fijándose como agencias en Derecho la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000)”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la Corte dijo que estos casos debían revisarse desde la figura de la ineficacia del traslado y no desde la nulidad; que no puede entenderse que la decisión fue libre y voluntaria sino se brinda la información al momento del traslado; que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP y que no demostró haber brindado la información requerida.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión **Skandia** interpone recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo con el traslado de los gastos de administración, pues se debe tener en cuenta que ante una consecuencia jurisprudencial que se está aplicando en el numeral primero de la sentencia que es la ineficacia del traslado, si bien es cierto existe esta consecuencia jurisprudencial deben regularse los efectos de esta ineficacia, regulados bajo los postulados legales y no bajo los efectos jurisprudenciales que se le están aplicando dado que en el caso particular de traslado de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones encontramos norma expresa que regula la materia referente a este aspecto. Que en efecto el art. 8 del Decreto 3995 del 2008 ha sido desconocido por completo. Solicita se revoque la sentencia en ese sentido y en caso de que se llegue a confirmar solicita se dé por probada la figura de la prescripción frente a los mismos, pues es un emolumento de orden económico y periódico y no está destinado a cubrir la pensión de vejez de la demandante. Que no está de acuerdo con tener que devolver la prima, pues esto no está contemplado en el Decreto en mención y no deben perderse de vista los efectos que esa consecuencia lleva a una relación sustancial a que se tenga en el proceso a la llamada en garantía dado



que no debe perderse de vista de que se amplíen los efectos que se están dando no solamente a los diferentes fondos donde la demandante ha estado afiliada sino los efectos que se originaron entre el contrato suscrito entre Skandia y la demandante, surgieron otros contratos que también deben dejarse sin efecto otros contratos al no existir un interés asegurable, por lo que debe Mapfre restituir las primas recibidas, porque Skandia pagó las primas oportunamente. Que Mapfre no fue condenada en costas y se opuso a la demanda principal y, no se le condene en costas a Skandia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Sandra Liliana Losada Martínez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1995 y, posteriormente con la AFP SKANDIA en el año 2006 ésta última entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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



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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la falladora de primera instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Sandra Liliana Losada Martínez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR, al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente



caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



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

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

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

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



Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar; que iba a tener una mayor rentabilidad y que podía pensionarse a la edad y con el monto que ella quisiera.

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

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

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

Siendo necesario reiterar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él. No siendo posible aplicar el Decreto 3995 del 2008 como lo pretende Skandia, pues no nos encontramos frente a un traslado de régimen, sino ante la ineficacia del mismo cuyas consecuencias han sido abordadas por la CSJ como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.



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

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

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

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



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

Respecto al llamamiento en garantía, debe indicarse que la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no probó la existencia de una relación sustancial con la aseguradora llamada en garantía que imponga a ésta el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte de la afiliada, pues ésto no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto es diferente al pretendido por la recurrente. Aunado a que la CSJ fue clara al señalar que ante la falta en el deber de información eran las AFP quienes debían cubrir la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales de su propio patrimonio.

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

Finalmente, en cuanto al argumento de Skandia respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP. Y se confirma la absolución de Mapfre Seguros como quiera que no salió adelante el llamamiento en garantía y, no es Skandia la legitimada para solicitar se le impongan costas en favor de la parte demandante.

Sin costas en esta instancia.



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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 04-2021-251-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: AURORA DÍAZ RIVERA

DEMANDADO: W LORENZ S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 26 de septiembre de 2022 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora AURORA DÍAZ RIVERA por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que las bonificaciones a ella pagadas durante el vínculo laboral, hacían parte del salario que devengada, por lo que tiene derecho a que se reliquiden las prestaciones sociales con base en el salario real devengado; como consecuencia de tal declaración peticiona la reliquidación de prestaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensionales desde la fecha de reconocimiento pensional de vejez a la

demandante, 16 de junio de 2020, indemnización moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e indemnización de que trata el artículo 65 del CST.

HECHOS

Fundamento sus pretensiones señalando que ingresó al servicio de la demandada el 16 de diciembre de 2012, para desempeñarse como Gerente y Representante Legal suplente de esta, devengando 2 SMLV, durante la vigencia de la relación laboral la demandada pagó prestaciones sociales a su favor liquidadas con dicha base salarial, lo propio respecto de los aportes al sistema de seguridad social, sin incluir en su cálculo las bonificaciones mensuales, que el 3 de marzo de 2020, la pasiva terminó unilateralmente su contrato de trabajo, liquidando la indemnización y prestaciones sobre 2 SMLV.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada, se opuso a las pretensiones, aceptó todos los hechos. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del pago de bonificaciones o acuerdo entre las partes para su pago, pago de prestaciones sociales conforme a ley, liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones conforme a ley, cesación absoluta de labores del trabajador una vez terminado su contrato, prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre AURORA DIAZ RIVERA y WLORENZ S.A.S. se ejecutó un contrato de trabajo, que tuvo como extremos iniciales el 26 de diciembre de 2012, y finales el 03 de marzo de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada, de conformidad a la parte considerativa, a reliquidar y pagar las siguientes acreencias laborales:

a) Cesantías \$20.740.613.

b) Intereses a las cesantías \$2.488.872.

c) Prima de servicios \$20.740.613.

d) Compensación de vacaciones \$13.808.521.

e) Indemnización por despido sin justa causa \$64.030.000, de los que deberá descontarse la cifra ya pagada por el empleador.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a trasladar a la administradora de pensiones, a la cual se encuentre afiliada la actora, o se afiliare si no lo estuviere, la diferencia del

valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado entre el 26 de diciembre de 2012 y, finales del 03 de marzo de 2021, teniendo en cuenta los salarios devengados por la actora mes a mes, año por año, debidamente individualizados en los considerandos de la presente decisión.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagarle a la demandante la indexación de las condenas impuestas, que deberán ser actualizadas desde el 04 de marzo de 2021 hasta la fecha de su pago, conforme al IPC certificado por el DANE.

QUINTO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción conforme a los términos precisados en la parte considerativa. No probadas las demás excepciones propuestas.

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

No se discute en el proceso los hechos relativos a que el 26 de diciembre de 2012 la demandante empezó a trabajar en el servicio de WLOREN S.A.S y en el cargo de gerente comercial y que la relación laboral finalizó el 3 de marzo de 2021.; ahora bien, la demandante sostiene que devengó un salario de dos salarios mínimos más bonificaciones mensuales, que iniciaron a pagarse en septiembre de 2013, que durante la vigencia de la relación laboral la demandada le pagó prestaciones sociales y aportes a seguridad social, solamente sobre dos salarios mínimos, sin incluir en sus cálculos las bonificaciones mensuales; no obstante, a la terminación de su contrato de trabajo la empleada aún se desempeñaba de representante legal suplente sin que la empresa le reconozca ni siquiera el salario mínimo. Por su parte, la demandada sostuvo que el salario asignado fue el equivalente a los dos salarios mínimos mensuales de la época sin bonificaciones.

Revisado el material probatorio, tenemos que la demandante aportó una relación de comisiones devengadas, si bien es cierto, este documento no fue tachado de falso ni desconocido por la entidad demandada, no es menos cierto que no está firmado, ni hay constancia de que haya sido expedido por la entidad demandada, por lo tanto, no se le puede tener como auténtico, lo cual nos permite inferir que esos valores que allí indican, no corresponden a los presuntamente recibidos como pago de bonificación.

No obstante lo anterior se advierte que el representante legal de la entidad demandada al momento de absolver el interrogatorio de parte, confesó que por acuerdo entre los socios de la empresa establecieron un pago por concepto de honorarios por valor de \$7.000.000 los cuales se reajustaban anualmente conforme al IPC del año anterior, adicionales al salario pactado, este dicho es corroborado por la demandante y, de alguna manera, viene a verificar lo que ya se ha señalado que habían unos pagos adicionales a los que fueron pactados en el contrato de trabajo, al respecto, señala el CST cuándo un pago constituye salario, pues para que los pagos no constituyan el salario, esto debe constar por escrito; aquí no hay prueba, no hay acuerdo de que estos pagos no constituyan salarios, efectivamente fueron acordados verbalmente entre los socios de la empresa y téngase en cuenta que la demandante es socia mayoritaria de la entidad demandada y el otro socio con el que hizo el pacto fue el socio minoritario, que es el actual representante legal de la demandada.

Si bien es cierto, la demandante presentó cuentas de cobro, se supone que hacen referencia al contrato de prestación de servicios, que celebró la demandante con la entidad demandada, por otro servicio, como temas de sus áreas de experticia, como son comercio de instrumentos quirúrgicos, pero lo cierto es que no hay prueba de los referidos contratos de prestación de servicios donde se declaran otro tipo de situaciones, solamente las labores que realizaba la demandada, cierto aquí, y es aceptado por el representante legal de la demandada, que su salario, estaría constituido por el componente de 2 Salarios Mínimos Legales Mensual Vigente para cada año, más los 7 millones de pesos que pactaron que se iban ajustando anualmente, conforme al IPC, en este orden de ideas, es claro que hay lugar a disponer la reliquidación de las prestaciones sociales y de la indemnización por despido sin justa causa y los aportes de seguridad social que reclama la demandante; así las cosas, debe tenerse en cuenta que el juzgado en el estudio de las peticiones condenatorias contenidas en la demanda con la cual se da inicio al proceso, admitiendo desde ya que la prescripción de lo causado

con anterioridad al 27 de mayo de 2018, salvo las diferencias por aportes del sistema de Seguridad Social y las cesantías están afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Así, teniendo en cuenta que la finalización del vínculo laboral como quedó visto, ocurrió el 3 de marzo de 2021, la interrupción de la prescripción, sólo vino dada con la presentación de la demanda, hecho ocurrido el 27 de mayo de 2021, por tanto, las prestaciones sociales y demás pedimentos que se hicieran exigibles con anterioridad al 27 de mayo de 2018 se extinguieron por virtud de la prescripción. Para proferir tales condenas el juzgado precisa de los salarios a tener en cuenta son los siguientes: a partir de septiembre de 2013, tal como se indicó en el libelo demandatorio, la suma de \$8.179.000, que corresponden a los siete millones de pesos más los dos salarios, pactados en el contrato escrito celebrado entre las partes. Para el año 2014, \$8.367.862, para el año 2015, \$8.685.670 pesos, para el año 2016, \$9.276.655 pesos y así sucesivamente, esto teniendo en cuenta que la parte demandante no probó el valor de la bonificación reclamada y se tasan conforme el dicho de la demandada.

Empieza el juzgado a pronunciarse frente a cada una de las pretensiones y encuentra el juzgado que hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales, los aportes a Seguridad Social, la indemnización por despido sin justa causa. Así las cosas, debe pagarse a la demandante por concepto de cesantías \$20.640.613, intereses a las cesantías \$2.488.872, prima de servicio \$20.740.613, vacaciones, \$13.808.521, indemnización por despido sin justa causa \$64.030.000, de los que deberá descontarse la cifra ya pagada por la demandada.

Frente a la frente a la indemnización prevista en el artículo 65 del CST, ha indicado la CSJ, que se debe estudiar el actuar de buena o mala fe de la demandada, en este asunto, la sanción moratoria es improcedente porque la demandante en su calidad de socio tenía capacidad de gestionar su propio salario, respecto al convenio, recordar que a la luz de nuestro tribunal de cierre, es válido que una persona en relación con una misma empresa, tenga una doble calidad, que trabaja subordinada, sometida a la legislación laboral y de socio status regulado por el Derecho Societario, En el primer caso, el vínculo se formaliza con un contrato de trabajo y en el otro mediante la suscripción de un contrato de sociedad o de colaboración, así pueden concurrir varias de las calidades de socio y de trabajo, tal como ocurrió con la señora Aurora y al margen de la segunda calidad, las relaciones autónomas, independiente, surge de bienes jurídicos difíciles y la ejecución de la una en principio no incide en la de la otra se dice que, en principio, porque bien puede ocurrir que una persona necesite una fortaleza de las que está provisto por su calidad, en una organización, tenga la posibilidad de incidir en decisiones que correspondan a los ejecutivos, como los adherentes a la administración y el título del contrato de trabajo, tal como se indicó hace un rato, el representante de la entidad demandada confesó que por acuerdo entre los socios, esto es entre él mismo y la demandante Aurora Díaz Rivera, se acordó que amén del salario pactado en el contrato de trabajo escrito celebrado entre las partes, se acordó verbalmente el pago de una bonificación que se inició pagando en septiembre 2013 por valor de 7 millones de pesos, razón por la cual, nótese que fue la misma demandante que de alguna manera, provocó esta situación en la que no se le pagaron salarios, prestaciones, aportes a la sociedad, conforme al salario real, porque ella misma lo autorizó. En otras palabras, la entidad empleadora no actuó por su cuenta y riesgo personal, sino que actuó de consumo con la demandante, razón por la cual se reitera en esta pretensión, no está llamada a prosperar.

Frente a la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, se sabe que la misma tiene su origen cuando el empleador no consigna las cesantías a un fondo y en los plazos máximos previstos en la Ley, que se recuerda hasta el 14 de febrero del siguiente año, aquí debe decirse lo mismo que en el caso anterior, que esta sanción tampoco es automática, pues para su aplicación se debe constatar si el demandado acreditó una conducta provista de buena fe y como se indicó, ello ocurrió en el caso bajo estudio, pues la demandada con la actora acordó dicho pago adicional y esta en su calidad de socio tiene capacidad de gestionar su propio salario.

Frente a la reliquiación de los aportes de seguridad social debe ordenarse el pago a la demandada de las diferencias que existen entre los aportes cancelados y aquellos que debieron pagarse conforme a los salarios que atrás se indicaban, razón por la cual se condenará a la demandada a trasladar al administrador de pensiones, al cual se encuentra afiliada la actora, la diferencia del valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado entre el 26 y el 2012 y final el 3 de marzo de 2021, teniendo en cuenta los salarios devengados por la demandante indicados en esta decisión.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante**, recurrió señalando:

Interpongo recurso de apelación respecto de los salarios caídos y la indemnización moratoria en razón a que la señora Aurora no tenía la administración de la sociedad y ella realizaba la parte comercial, mientras que el representante legal de su socio, si era el que tenía la administración, bueno, y ahora aún la tiene respecto de la parte administrativa y el pago de salarios y prestaciones sociales, así como el pago de seguridad social y parafiscales.

La parte **demandada** señaló en su recurso:

Primero, el punto cardinal de este asunto es que no se tuvo en consideración. Ninguna de las pruebas que fueron allegadas para demostrar la existencia de contratos civiles entre la demandante y la sociedad demandada, dice su señoría, en sus considerandos, que no hay prueba de los contratos de prestación de servicios. Bien, debo respetuosamente disentir de esta consideración por una razón básica y es que se hizo un ejercicio muy juicioso para tratar de componer todas las pruebas que se referían a esas relaciones de servicios. ¿a qué prueba nos estamos refiriendo? A las cuentas de cobro que ella pasaba por prestaciones de servicios mes a mes, a las facturas que también pasó por prestaciones de servicios mes a mes, los estados financieros también que recogen toda esa evidencia y la reflejan en sus cuentas, tenemos también las actas aprobatorias en las que interviene la demandante como socia mayoritaria aprobando esas cuentas, sin ningún reparo y sin ninguna observación, las notas a los estados financieros que dan cuenta también de esa realidad y si eso fuera poco, también contamos con un testimonio claro de una persona que estuvo laborando ahí, en el mismo tiempo que alegara demandante haberlo hecho en las condiciones que plantea y es básicamente la contadora de la sociedad, ella nos contó en qué consistían estos servicios que prestó, en qué condiciones fueron prestados y cómo fueron pagados y adicionalmente se certificó mes a mes las sumas que se le pagaban y los conceptos por los cuales se le pagaban, extrañamente, su señoría no hace referencia absoluta, no tiene ninguna de esas pruebas tampoco el testimonio, ni para considerarlas, ni para descartarlas, se me antoja pensar que tal vez pasaron por alto y en ese sentido, pues será el juez de segunda instancia quien tendrá que entrar a darle ese alto valor probatorio que les pueda corresponder.

Dice también el señor juez, como otro de los puntos cardinales de la decisión, que el salario está constituido por \$7.000.000, más 2 salarios, la fuente de la que surge de dicha conclusión la fuente informativa, dice el señor juez, que es la confesión del representante legal. Hay un problema también de valoración de la prueba, porque esa afirmación está descontextualizada, realmente siempre, siempre él insistió en que los dineros que se le pagaban a la demandante fueron por prestación de servicios, él jamás, jamás fue incoherente en su declaración, ni contradictorio, luego, esos siete millones de pesos que pudieron haber pactado, él y ella estaban de acuerdo que debían devengados por prestación de servicios, por servicios que tanto él le presta a la empresa, como por servicios que la demandante debía prestar la empresa, entonces yo pienso que simplemente algo que está descontextualizado, o sea, fue sacado de su contexto y de pronto por eso arroja esa conclusión y además, esto no puede ser interpretado aisladamente de todo el cúmulo de pruebas que fueron presentadas sobre el origen real de los pagos, sobre las relaciones distintas a la laboral que sostenía la señora Aurora con la empresa, que están debidamente acreditadas.

Así la condena en la forma en que se dispuso, no sería una defensa de sus intereses laborales, simplemente eso generaría un enriquecimiento sin causa, porque son sumas que ella percibió y también están de por medio los intereses patrimoniales de la empresa, quién como acertadamente lo resaltó el señor juez, actuó en igualdad de condiciones con su socia, que, como tuve la oportunidad también de mencionarnos en los alegatos, no era una trabajadora cualquiera, era una socia de la empresa que pertenecía a la Asamblea General de Accionistas, que entre otras cosas es un órgano de gobierno que está por encima del representante legal, el representante legal le da cuentas a la asamblea, no a la inversa, la Asamblea no le da cuentas al representante legal; luego las determinaciones que tome la empresa siempre están por encima de cualquier decisión que pueda tomar el representante legal, en ese sentido, ella siempre fue consciente de lo que sucedía, así lo aceptó, y yo no veo realmente, señor juez, ningún motivo para pasar o mejor para desconocer el querer de las partes. Aquí está claro que

todo lo que sucedió fue consentido, las sumas fueron efectivamente recibidas por la trabajadora, no por los conceptos que ella pretende, no por los conceptos que ella alega, pero fueron recibidas como contraprestación a los servicios que ella permanentemente prestaba como instrumentadora, servicio de alquiler, recuerdo, bueno, una serie de servicios técnicos especializados que ella sabía prestar en la empresa. Su señoría, en ese sentido, reitero, no hay razón para haber impuesto esta condena en mi sentido y en ese orden de ideas, le solicito al señor juez de segunda instancia que, por favor, preste especial atención a todas las pruebas, no fueron pocas, fueron muchas que apuntan a indicar cuál fue la realidad de esa relación. Son pruebas que tampoco fueron desconocidas ni tachadas de falsa; al contrario, fueron aceptadas expresamente por la demandante de su interrogatorio, pero extrañamente no fueron consideradas en este fallo.

Y en eso no hubo duda, no hubo contradicción, no hubo dubitación, él siempre fue coherente en su dicho. Ahora, este tema de los siete millones de pesos, al parecer, sí tuvo lugar porque igualmente la demandante acepta que hubo un acercamiento en ese sentido como miembros de la Asamblea General, pero tenían que ganárselos, pienso lo que se entiende de esa declaración en mi concepto, tenían que ganárselos y efectivamente lo hicieron, pero no laboralmente, no como producto de su contrato laboral, se los tiene que ganar a partir de los contratos de prestación de servicios que periódicamente celebraban con la empresa, tanto él como ella, y eso está perfectamente documentado, prestaban servicios mes a mes y a cambio de esos servicios percibían unos honorarios, estaban sujetos a unas retenciones, y como fundamento de los honorarios tenían que presentar sus cuentas de cobro, tenían que hacer su facturación en el expediente obra, tanto de uno como de otro, cuentas de cubos y facturas provenientes de la señora Aurora, la demandante.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que como bien lo adujo la decisión de primer grado no ofreció reparo la existencia de la relación de índole laboral que existió entre las partes, así como sus extremos temporales que fueron aceptados por la pasiva y que se corroboran con la documental contentiva de contrato de trabajo aportada por esta última y la liquidación final de este, aportada por ambas partes en expediente digital y en virtud de la cual, se desempeñó la actora como Gerente Comercial.

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

Sobre el particular, resulta claro para la sala que en el presente asunto y contrario a lo indicado por el juzgador de instancia, los pagos cuyo carácter salarial se otorgó en la decisión de primer grado, no tienen tal connotación; respecto a lo cual, la parte demandante para acreditar su dicho de haber devengado **comisiones mensuales, no allegó ninguna prueba al respecto, como tampoco señaló siquiera a cuánto ascendía su valor**, simplemente se limitó a aportar una relación de sumas aparentemente elaborada por esta misma parte, pues de su contenido no se deduce que provenga de la demandada como tampoco que esta hubiera aceptado haber pagado dichas sumas en su favor.

Aunado a lo anterior, del dicho del representante legal en diligencia de interrogatorio de parte, no se llega a la conclusión a que arribó erradamente el juez de primer grado, pues este claramente indicó que la demandante ostenta la condición de socia de esa misma empresa, motivo por el cual, presta asesorías en virtud de su conocimiento como instrumentadora quirúrgica y fue con fundamento en tales asesorías como atendiendo a su condición de socia que pactó el pago de honorarios en cuantía de \$7.000.000 mensuales, labores que resultan ajenas a lo pactado en el contrato de trabajo suscrito con esta y de ello, como lo indica el recurrente de esta parte también en alegaciones, se allegó suficiente prueba documental que describe las labores que ejecutó en el campo de asesorías y las facturas expedidas por cuenta de tales servicios.

Es así como nada lleva a concluir en el presente asunto que las sumas tenidas en cuenta en la instancia como factor salarial, devinieran de la relación **laboral** que unió a las partes, pues se itera, no se allegó ningún comprobante de nómina que dé cuenta de la veracidad de dicha afirmación, contrario a ello y no fue desvirtuado, quedó plenamente probado que dicha suma provenía de las asesorías que prestaba a la misma sociedad en la que fungía como socia y no se explica la sala cómo indica el juez en la motivación de su decisión que la misma actora en su condición de socia podía gestionar su salario y concluye contradictoriamente, que la suma que claramente indicó el representante legal de la demandada, no provenía de la relación laboral, constituía salario; por lo anterior resulta claro que la decisión de primer grado, debe ser **revocada**, absolviendo a la demandada de las

pretensiones incoadas en su contra y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

La anterior conclusión determina la improcedencia de referirse al recurso interpuesto por la parte demandante, ya que la absolución de los conceptos objeto de recurso, eran consecuencia de la reliquidación salarial, que encontró esta instancia improcedente.

Sin costas la alzada, las de primera a cargo de la demandante.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra; conforme lo señalado en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de la demandante.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No.27-2019-697-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: YANETH FORERO GUTIERREZ

**DEMANDADO: IMAGINE GROUP LTDA, JHON ARISTIDES
BARRAGAN MATIZ, JOSE IDOLFER BARRAGAN MATIZ y FLOR DE
JESUS MATIZ DE BARRAGAN**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá siendo el día treinta (30) de noviembre del año dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

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

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

La señora **YANETH FORERO GUTIERREZ**, instauró demanda en contra de **IMAGINE GROUP LTDA, JHON ARISTIDES BARRAGAN MATIZ, JOSÉ IDOLFER BARRAGAN MATIZ, Y FLOR DE JESUS MATIZ DE BARRAGAN**, para que, mediante un proceso ordinario laboral, **se declare que, entre las partes, existió un contrato de trabajo verbal y a término indefinido, entre el 15 de enero de 2009 hasta diciembre 20 de 2016, sin que hubieran pagado los derechos causados.** En consecuencia,

solicita el pago de prestaciones sociales, aportes, indemnización por despido injusto, vacaciones, intereses de cesantías, indemnización moratoria, extra y ultra petita. (Expediente Digitalizado).

Fundamentó sus pretensiones en síntesis, así: “Que la demandante laboró de manera personal e ininterrumpida mediante contrato verbal de trabajo al servicio de los demandados desde enero 15 de 2009 hasta diciembre 20 de 2016, que ejerció su labor en las instalaciones de la empresa demandada, como operadora de maquina plana industrial y ventas, que desde el 15 de enero de 2009 a 14 de enero de 2014 devengó como salario mensual la suma de (\$ 900.000), que desde el 15 de enero de 2014 a 14 de enero de 2015 devengó como salario mensual, la suma de (\$ 1,200.000), que desde el 15 de enero de 2015 y hasta el momento de terminar el contrato laboral, en diciembre 20 de 2016, devengó como salario mensual la suma de (\$1,300,000), que la demandante laboró en un horario de trabajo de 7.30 A.M. a 6. P.M. de lunes a viernes, que la demandante laboró en una jornada diaria de 10 horas y 30 minutos, esto es 2 horas y 30 minutos como tiempo suplementario, que la demandante laboró una jornada semanal de 50 horas y 30 minutos, que a la demandante se le dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa el 31 de diciembre de 2016, que no fue afiliada a ninguna entidad prestadora de servicio en seguridad social ni se le liquidaron prestaciones sociales; vacaciones, intereses a las cesantías, subsidio de transporte, ni gozó de vacaciones ni se las pagaron, ni tampoco a la finalización del contrato le pagaron liquidación,

Los demandados contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones y afirmando que el contrato fue “a destajo”, que no laboró tiempo suplementario y que se le canceló toda una vez terminaba el producto. En consecuencia, negó en su mayoría los hechos, aceptando el segundo, tercero, decimosegundo y parcialmente el séptimo. Propuso las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones laborales, a causa de la inexistencia del contrato, cobro de lo no debido, mala fe de la demandante y su apoderado, ineptitud de la demanda por indebida integración de la demandada y genérica (Expediente Digitalizado).

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de 19 de octubre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora YANETH FORERO GUTIERREZ como trabajador y la empresa IMAGINE GROUP LIMITADA como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que estuvo vigente desde el 15 de enero de 2009 hasta el 20 de diciembre de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a IMAGINE GROUP LIMITADA a pagar a la señora YANETH FORERO GUTIERREZ las sumas correspondientes a los siguientes conceptos: AUXILIO DE CESANTÍAS \$8.825.277 INTERESES A LAS CESANTÍAS \$ 482.612 PRIMA DE SERVICIOS \$ 3.160.277 VACACIONES \$ 2.150.138 Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la empresa IMAGINE GROUP LIMITADA a pagar a la señora YANETH FORERO GUTIERREZ la suma de \$31'199.760 por concepto de indemnización moratoria y a partir del 22 de diciembre de 2018, la demandada pagará a la demandante los intereses moratorios calculados sobre las prestaciones sociales hasta cuando el pago de las mismas se efectúe, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la empresa IMAGINE GROUP LIMITADA a pagar a la señora YANETH FORERO GUTIERREZ la suma \$28.816.445 por concepto de la indemnización por la no consignación de las cesantías, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la empresa IMAGINE GROUP LIMITADA a efectuar a favor de la señora YANETH FORERO GUTIERREZ los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliada el trabajador, teniendo como Ingreso Base de Cotización el salario definido en la parte motiva de la sentencia.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada IMAGINE GROUP LIMITADA en la suma de \$5'000.000 como agencias en derecho a favor del demandante.

SEPTIMO: DECLARAR PROBADA la EXCEPCIÓN de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA respecto de los demandados como personas naturales y, como consecuencia, ABSOLVER de las pretensiones de la demanda a los demandados JHON ARISTIDES BARRAGAN MATIZ, JOSE IDOLFER BARRAGAN MATIZ y FLOR DE JESUS MATIZ de BARRAGAN, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción y NO PROBADAS las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones laborales, mala fe de la demandante y su apoderado y cobro de lo no debido formuladas por la demandada IMAGINE GROUP LIMITADA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia...." (Expediente Digitalizado).

Para llegar a esta conclusión en síntesis manifestó la Juez: "... El problema jurídico que corresponde dilucidar al despacho se centra en determinar si entre la señora Yaneth Forero Gutiérrez y los demandados Imagine Group Ltda, John Aristides Barragán Matiz, José Barragán Matiz y Flor de Jesús Matiz de Barragán existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 15 de enero de 2009 y el 20 de diciembre de 2016 en virtud del cual la demandante se desempeñó como operadora de máquina plana industrial. Como premisas normativas tenemos los artículos 22, 23 y 24 del CST, que señalan como elementos esenciales del contrato la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleado y un salario como retribución del servicio. El artículo 24 del CST por su parte, consagra una presunción según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esa disposición lo que hace es invertir la carga de la prueba en beneficio del trabajador a quien le corresponde demostrar que prestó una actividad personal para que opere la presunción de los

otros elementos esenciales que ser desvirtuada por el empleador, demostrando que lo que haya existido entre las partes fue una relación de carácter civil, comercial o de cualquier otro, pero menos de carácter laboral. Como premisas fácticas en este proceso tenemos que la sociedad Imagine Gruop Ltda **certificó**, que la señora Yaneth Forero, estuvo prestando sus servicios de confección y devengó una suma mensual de \$900.000 a través de los siguientes contratos de prestación de servicios, el primero el 15/01/2009 al 15/12/2009, del 15/01/2010 al 14/12/2010, del 15/01/2011 al 14/12/2011, del 15/01/2012 al 14/01/2012 y del 15/01/2013 a la fecha, en que se expidió certificación que data del 21 marzo del 2013 que obra a folio 14 del expediente digitalizado archivo 01. La sociedad **certificó** el 06/11/2014 que la señora Yaneth Forero labora para la demandada devengando una suma mensual de \$1.200.000, folio 15 expediente digitalizado. El 11/07/2016 la sociedad **certificó** que la señora Yaneth Forero presta sus servicios para la empresa desde hace 5 años en el cargo de ventas a través de un contrato de prestación de servicios, que devenga una suma mensual de \$1.300.000, cuentas de cobro de los meses de mayo a octubre y diciembre de 2009, febrero a junio, septiembre, octubre y diciembre de 2010, marzo de 2011 y octubre de 2013, efectuadas por la señora Yaneth Forero Jiménez para el pago de los servicios prestados a la demandada Imagine Gruop Ltda. En interrogatorio de parte rendido por el señor John Aristides Barragán, representante legal de Imagine Gruop desde el año 2008, indicó que el objeto social de la empresa es la confección de dotaciones para empresas de hidrocarburos y colegios y contratos de préstamo de togas y birretes para colegios y en su sede, tienen las máquinas para la confección de prendas, vitrinas para la venta, dotaciones, un almacén donde se almacenan las togas y birretes, que la señora Yaneth Forero Gutiérrez prestó sus servicios para la sociedad Imagine por tiempos interrumpidos, pues había meses del año en los que la demandante no prestaba sus servicios porque le surgían contratos de 2, 3 o cuatro meses o realizaban confecciones en su casa, si ello ocurría la empresa contrataba a una nueva persona para que realizara las actividades de la demandante; también explicó que no todo el tiempo se requería la confección de prendas que realizaba la demandante porque la empresa era muy pequeña o había prendas que no eran elaboradas por ella, que la demandante confeccionaba camisas, pantalones o batas que se le entregaban previamente cortadas para su confección y algunas prendas las confeccionaba en su vivienda y otras en las instalaciones de la empresa pues la demandante, tenía sus propias máquinas de confección, explicó también que cuando la demandante no tenía prendas por confeccionar, ayudaba con la entrega de togas y birretes a los colegios clientes, planchaba las confesiones o atendía al público en el almacén para así no afectársele el trabajo a la señora Yaneth, que el pago que la empresa realizaba a la demandante era a destajo, es decir se le pagaba por prenda realizada, explicó con un ejemplo que a la demandante se le pagaba la suma de 3.000 o 3.500 pesos por la confección de cada pantalón y una vez confeccionada se le realizaba el pago, pero hizo énfasis en que no fueran esos los valores pactados, señaló que la demandante podía confeccionar desde su casa y en los días que ella escogiera, además que tenía su propio taller de costura en su casa. Indicó que la empresa le hizo unas certificaciones como un favor para que le otorgaran un crédito a la demandante o para la adquisición de unas máquinas. Rindió declaración ante este estrado judicial también la señora Flor de Jesús Matiz de Barragán, demandada en este proceso, quien señaló que es socia y presta sus servicios en la empresa, indicó que la señora Yaneth prestó sus servicios por días desde el año 2012 realizando la confección o costura de ropa, que la demandante se le pagaba por prendas confeccionadas, pero había ocasiones en las que no había prendas por confeccionar y la demandante realizaba otras actividades en la empresa como planchado de prendas o ventas en el almacén con el fin de que continuara trabajando sin que se afectara su pago, que por ello el pago era por prendas realizadas, pero cuando no confeccionaba se le pagaba un promedio de las prendas que confeccionaba normalmente en un día. Explicó que el objeto social de la empresa es la elaboración de informes oficiales, togas y birretes

y que por ello el trabajo en la empresa era variada, todos los días se hacía alguna actividad diferente, unos días se realizaban las confecciones de camisas o pantalones u otros se alistaban las togas para entregarlas a la empresa cliente y otros días, cuando la demandante no tenía prendas por realizar, colaboraba la señora Flor con la venta en el almacén, indicó la demandada que la señora Yaneth Forero no todos los días prestaba su servicio a la empresa, pues había ocasiones en las que confeccionaba en su casa porque tenía máquinas de confección; por último, indicó que la demandante nunca cumplió horario, que no se le exigió una entrada ni salida del almacén, pues era la propia señora Flor quien siempre se encontraba en la empresa y que no le imponía órdenes a la demandante, sino que solo le indicaba las actividades que debía realizar. Rindió así mismo declaración el señor José Barragán Matiz que fue socio de Imagine Group, pero que solo iba a la empresa cuando tenía permiso de trabajo para visitar a su madre y hermano en las instalaciones de Imagine, por lo que solo conoce de vista a la demandante Yaneth Forero, también rindió declaración con su interrogatorio de parte de la señora Yaneth Gutiérrez quien indicó que inicio a prestar sus servicios para Imayin el 15/01/2009, cuando la señora Flor dueña de la empresa la contrató para laborar hasta el 20/12/2016, cuando la misma señora Flor le indicó que hasta ese día prestaría sus servicios para la empresa, el argumento que se iba a entregar la confección de los uniformes a una empresa llamada satél, indicó que prestó sus servicios de lunes a sábados de 7:30Am a 6:00 pm, confeccionando camisas, pantalones, blusas y gorros o uniformes que la señora Flor previamente cortaba, que atendía a las personas que acudían al almacén a la compra de uniformes y llevaba las togas a las empresas o las arreglaba, que se pactó como pago la suma mensual de \$900.000, que iban a ser pagados en 2 quincenas y que el pago no era por prenda elaborada como lo indicaron los representantes legales porque ella prestaba el servicio dentro del horario establecido, sin importar las prendas que realizara, explicó que si bien es cierto, tenía unas máquinas de coser en su casa, también las que fueron entregadas como parte de pago de una sociedad que tenía antes de empezar servicios a Imagine, pero que nunca las utilizó para la confección de ropa de Imayin, ya que la empresa tenía sus propias máquinas y la requerían todos los días en sus instalaciones. No ofrece elementos de juicio para resolver el problema jurídico planteado el testimonio de la señora María Esperanza Dávila Gómez, toda vez que era simplemente la vecina de la demandante y quien se encargaba del cuidado de sus hijos, en el horario de trabajo de la señora Yaneth Forero y fue por eso que dijo conocer las circunstancias del contrato de trabajo de la demandante con Imagine, por lo que se advierte que se trata de una testigo de oídas a que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar del contrato, indicó, asimismo, que prestó sus servicios para Imagine Ltda en temporada de grados de colegio esto es, algunos días de junio y diciembre, entre los años 2014 y 2016, por lo que tampoco le consta la actividad personal y continua de la demandante en los extremos que dijo en su testimonio, solo le constan los pocos días que laboró en los años indicados, tampoco ofrece elementos de juicio el testimonio de Miriam Hernández Romero, pues como le indicó en su declaración, solo prestó sus servicios para Imagine de manera esporádica, realizando actividades como el planchado de ropa, las cuales no realizada desde la empresa, indicó que sólo conoció a la señora Yaneth en una ocasión en las instalaciones de Imagine cuando organizaron la entrega de unas togas a un colegio. Por último, el testigo, Gabriel Londoño Ariza, contador de la empresa desde el año 2008, tampoco le consta la prestación personal del servicio de la demandante, pues indicó que sólo acudía a las instalaciones de Imagine para recoger los papeles necesarios para realizar la contabilidad una vez al mes, pero sí indicó que, de acuerdo a los papeles de la empresa, toda la planta de producción no tenía nómina porque era una empresa pequeña, por lo que se le pagaba por prenda realizada.

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, se tiene que está plenamente demostrada la actividad personal de la señora Yaneth Forero Gutiérrez, que consistía en la confección de prendas, planchado de prendas,

atención al público y preparación de togas y birretes para la empresa Imagine Ltda., desde el 15/01/2009 hasta el 20/12/2016, extremos temporales que fueron aceptados por la demandada en su contestación de la demanda y que no fueron controvertidos en el momento que el despacho realizó la fijación del litigio, ni tampoco en el debate probatorio. Ahora bien, contrario a lo manifestado por el representante legal de la demandada, el servicio que prestó la señora Yaneth Forero Gutiérrez, fue continuo y permanente, pues no aportó la demandada una sola prueba que demostrara que en efecto, la demandante solo laboraba por días o que el contrato se interrumpía 2 o 3 meses cada año, contrario a lo manifestado por ellos, obran certificaciones laborales expedidas por la misma demandada de las que se desprende que la actividad personal de la señora Yaneth Forero fue continúa, máxime si se tiene en cuenta que el representante legal de la demandada y la señora Flor de Jesús Martínez Barragán, indicaron que cuando la demandante no tenía prendas por confeccionar, se le ponían todas las funciones para no afectar el trabajo y el salario de la demandante, tan es así que la señora Flor de Jesús Matiz indicó que cuando no había prendas con confeccionar, la demandante realizaba otras actividades en la empresa para continuar trabajando sin afectaciones en su pago y que por ello el pago era por prendas realizadas, pero cuando no confeccionaba se le pagaba un promedio de las prendas que confeccionaba normalmente en un día, lo cual da cuenta de que la actividad de ella sí era continua y que no estaba sujeta solamente a la fabricación o confección de prendas, sino a otras actividades directamente relacionadas con la empresa demandada.

Demostrada entonces como se encuentra la actividad personal, la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, se presume y correspondía a la empresa Imagine Group desvirtuarla, carga probatoria con la que no cumplió, pues si bien el representante legal de la demanda y la señora Flor Matiz de Barragán, indicaron que existió un contrato de prestación de servicio, que la demandante desarrollaba eventualmente sus funciones desde su casa y que no recibió órdenes directas de la demandada, no aportó ninguna prueba que así lo acredite, por el contrario, el propio representante legal y la señora la demandada Flor de Jesús Matiz de Barragán, indicaron que la empresa les señalaba a la demandante lo que debía hacer y que cuando no tenía prendas por confeccionar se le asignaban otras funciones en la empresa, debe tenerse en cuenta además que el hecho que el trabajador no requiera la dirección permanente y constante del empleador y la emisión de órdenes, frecuentemente atendiendo la destreza para realizar su labor, ello no desvirtúa la subordinación propia del contrato de trabajo pero lo cierto es que en casos como el que nos ocupa a la demandante se le indicaba qué hacer y ella se encargaba posteriormente de su difusión, sin que por ello pueda indicarse que fuera autónoma e independiente en el ejercicio de su labor, máxime si se tiene en cuenta que no se demostró tampoco que la demandante ejerciera su labor para otras personas o empresas o con sus propios elementos de trabajo, como se argumentó por la demandada. En este aspecto también debe indicarse que si bien es cierto el señor apoderado en sus alegatos de conclusión, manifiesta que la actividad de la demandante fue al destajo y tampoco desvirtúa la existencia de un contrato de trabajo, pues es una forma de pago del salario, está prevista en el Código sustantivo del trabajo y no puede decirse entonces que el trabajo a destajo, no es una forma de contrato de trabajo, no es una forma de salario propias del contrato de trabajo, a un trabajador perfectamente se le puede pagar por el número de prendas que se confeccionan, pero ello no quiere decir por sí solo que existiera una autonomía e independencia del trabajador, es sencillamente una forma de pago del salario, pero reitero que no desvirtúa la existencia de un verdadero contrato de trabajo, tampoco desvirtuó la subordinación, la existencia de cuentas de cobro presentadas por la demandante Yaneth Forero Gutiérrez, pues eran simplemente un requisito para obtener el pago de los presuntos honorarios pactados,

que no hizo más que disfrazar la realidad del verdadero contrato de trabajo que existió entre las partes, encontrándose entonces demostrada la actividad personal de la demandante y no existiendo una sola prueba en el plenario que desvirtuó la subordinación, debe declararse que entre la señora Yaneth Forero Gutiérrez como trabajadora y la sociedad Imagine empleadora existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente desde el 15/01/2009 hasta el 20/12/2016. **Basta simplemente agregar que no puede declararse la existencia del contrato de trabajo que se solicita con los demandados John Arístides Vargas Matiz, José Barragán matriz y Flor de Jesús Matriz de Barragán, toda vez que lo que se demostró es que la señora Yaneth Forero prestó sus servicios personales en beneficio de la persona jurídica demandada y no de sus socios como personas naturales. Debe indicarse además que, si bien es cierto, el señor apoderado se refirió a la responsabilidad solidaria de los socios de la empresa en sus alegatos de conclusión, lo cierto es que no se demandó a los mismos solidariamente, sino en calidad de empleadores de la demandante, además, nada se indicó en la demanda respecto de esa presunta responsabilidad solidaria de sus demandados por lo que aún por facultad extra petita no podría analizarse ese tipo de responsabilidad, pues ello no fue objeto del debate probatorio atendiendo a la forma como se presentó la demanda.** Ahora bien, pasa el despacho a verificar la procedencia de cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que en audiencia del 22/04/2022 se resolvió la excepción de prescripción, por lo que para el cálculo de las obligaciones se liquidaran las prestaciones sociales y las vacaciones teniendo en cuenta los siguientes salarios mensuales; del 15/01/2009 de 15/01/2013, \$900.000 mensuales, entre el 15/01/2013 y el 06/11/2014, \$1.200.000 y entre el 07/11/2015 a la fecha de finalización del contrato \$1.300.000, esas sumas fueron las obtenidas de las certificaciones expedidas a la demandante y que obran a folios 14 al 16 del expediente digital. **Para efectos de verificar cada una de las acreencias laborales de la demandante, se tiene en cuenta por concepto de auxilio de cesantías deberán reconocerse desde el 15/01/2009 hasta el 20/12/2016 en la suma de \$8.865.277, teniendo en cuenta que no ha sido afectado por el fenómeno descriptivo, pues se causaron a la fecha de finalización del contrato y se reclamaron con la demanda dentro de los 3 años siguientes, los intereses a las cesantías se reconocerán desde el 01/01/2014, teniendo en cuenta que se causan al 1 de enero de cada año y que no están prescritos, del año 2014 en adelante por lo que se condenará por este concepto en la suma de \$482.612, la prima de servicios se reconocerá desde el 01/07/2014, teniendo en cuenta que no está prescrita, la del segundo semestre del referido año y la suma por la que se condena por este concepto es de \$3.160.277, respecto a las vacaciones, se condenará a la demandada a pagar las causadas desde el 19/07/2013. Teniendo en cuenta la declaratoria parcial de prescripción, en la suma de \$2.150.138 pesos. No se condenará al pago de horas extras y trabajo suplementario, toda vez que la demandante no aportó prueba alguna que demuestre que prestó sus servicios en una jornada de trabajo superior a la máxima legal establecida, más si se tiene en cuenta el propio interrogatorio de parte de la demandante, que es contrario incluso a lo que al respecto, manifestó la señora María Esperanza Dávila Gómez que como se indicó, es una testigos de oídas a quien no le consta la actividad personal de la trabajadora y mucho menos las circunstancias de modo tiempo y lugar en que la desarrolló, pues no puede deducirse el horario de trabajo, del tiempo que debía cuidar los hijos de la demandante circunstancia esta que es por la que él dijo que le consta la actividad por la que se le interrogó.**

La indemnización por despido sin justa causa se niega, toda vez que no se encontraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la terminación del contrato del trabajo de la señora Yaneth Forero Gutiérrez, la indemnización moratoria el artículo 65, CST, como quiera que no se aportó una sola prueba que demostrara que la demandada canceló a la finalización del contrato el valor de las prestaciones sociales debidas así como tampoco que

obro de buena fe en la omisión de sus obligaciones laborales con la demandante, pues contrario a ello, lo que se demostró es que la demandada quiso disfrazar un verdadero vínculo laboral bajo la forma de contrato de prestación de servicios, por lo que tiene derecho la demandante al pago de la indemnización moratoria que reclama y se condenará entonces a la demandada a pagar a la demandante un salario diario por cada día de retardo en el pago, esto es, \$43.363 durante el 21/12/2016 hasta el 21/12/2018, esto es, la suma de \$9.199.760 y a partir del 22/12/2018 la demandada pagará a la demandante los intereses moratorios calculados sobre los saldos insolutos de las prestaciones sociales hasta cuando el pago de las mismas se efectúen.

En cuanto a la indemnización por la no consignación de la cesantías, como quiera que la demandada no demostró haber consignado las cesantías causadas a favor de la señora Yaneth Forero Gutiérrez a una administradora de fondos de Cesantías y como quedó señalado no se demostró que hubiera obrado de buena fe a la omisión debe cancelarse la indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990 a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago solamente respecto de las cesantías de los años 2017 al 2020, atendiendo al fenómeno prescriptivo por las cesantías del año 2014, a razón de \$43.363 pesos para un total de \$15.599.880, por las cesantías del 2015 del 15 de febrero al 2016 al 20/12/2016 a razón de \$43.363 diarios, para un total de \$13.216.565, con respecto al periodo laborado en el año 2016 la obligación ya no era el consignarlas las cesantías sino las pagadas a la trabajadora, a la fecha de finalización del contrato que finalizó el 14/02/2017 para un total por este concepto de 28.816.445.

Solicitó la demandante que se consignen a órdenes de una administradora de pensiones los aportes al sistema general, como se concluyó con anterioridad contrato de trabajo entre las partes el 15/01/2009 y finalizó el 20/12/2016 y en las pruebas recaudadas se concluye que durante ese periodo no se efectuaron aportes al sistema general de seguridad social en pensiones por lo que se dispondrá que la demandada pague los aportes que adeude a la administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada a la trabajadora conforme los salarios indicados anteriormente y teniendo en cuenta además que el fenómeno prescriptivo no los afectó por tratarse de elementos constitutivos del derecho pensional de la demandante. Se niega la indexación solicitada por la demandante como quiera que se concedió la indemnización moratoria y dadas las resultas del proceso, se declara parcialmente probada la excepción de prescripción y no probada las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones laborales, mala fe de la demandante y su apoderado y cobro de lo no debido respecto a la persona jurídica demandada...”

eeeeeeeeeeeeee

Inconforme con esta decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso así:

Apoderado de la parte actora.

“En cuanto a la legitimidad por pasiva de la parte de los demandados, socios de Imagine Group Ltda, se debe tener en cuenta su Señoría, para que sea resuelto por los señores magistrados que se demandó a la empresa Imagine Group limitada y a sus socios, o sea, en calidad de socio de la empresa, obviamente se les indica la solidaridad de su responsabilidad en el contrato de trabajo de la señora Yaneth Forero Gutiérrez ya que se trata de una, como dije en mis alegatos, una sociedad de personas, no de capital, una responsabilidad que se va más allá del ente jurídico y más en Imagine Group y deben responder solidariamente sus socios por esta condición de ser la persona demandada, una sociedad de familia, una sociedad de personas, no de capital y por lo tanto, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, inclusive de que en estos casos la solidaridad opera de pleno derecho y por lo tanto se debe declarar responsables de

las pretensiones de la demanda, no solamente al ente jurídico en sí, Imagine Group Ltda., como ente jurídico, como persona jurídica, sino como persona especial, una responsabilidad solidaria, ya que se trata de una persona jurídica por así decirlo, de personas no de capital y por lo tanto, en este sentido se ha pronunciado las altas cortes, que debe ser solidarios los socios en responder por las pretensiones de la demanda. Por otro lado, su Señoría para que sea también resuelta los señores magistrados en lo que la prescripción de las cesantías y de los intereses de las cesantías, si atenemos que los derechos de los trabajadores son irrenunciables e imprescriptibles, son ciertos no veo por qué no se condene al pago de las cesantías causadas durante toda la vigencia del contrato y en este sentido solicito que se modifique la sentencia en esos términos....”

Parte demandada

“En lo que tiene que ver con la condena a la empresa demandada, manifiesto los siguientes reparos: teniendo en cuenta específicamente que no se dio cumplimiento a los presupuestos en la demanda, no se dio cumplimiento a los presupuestos que se exigen para efectos de tener la efectividad, la claridad de la existencia de un contrato de trabajo, por cuanto aquí nunca se probó, por el contrario, la parte demandada sí probó que no hubo ningún horario respecto de la demandante a la empresa demandada, en ningún momento se probó esa circunstancia de qué horario tenía y es coherente por cuanto se dificulta, inclusive con las horas extras que manifestaban refieren allí, si bien es cierto la presunción legal está en cabeza del demandado, en este caso, la empresa efectivamente se probó de que no hubo ninguna manifestación, no hubo ninguna forma de que existiera un contrato y reitero que como no hubo ningún contrato, no hubo ningún tipo de horario, pues ella no cumplió horario porque ella iba a trabajar solamente cuando había material, prendas para terminar, respecto del presupuesto de las órdenes, si bien es cierto, las órdenes no pueden ser y así lo ha dicho la Corte Suprema, las órdenes no deben ser permanentes aquí nunca y así se probó, no hubo ningunas ordenes por parte de la empresa, de hecho, está probado por los representantes legales de la empresa, jamás se mencionó en la demanda que el hecho de que se presentara una orden para efectos de que se realizara la labor que se había contratado, esto es, de la terminación de las prendas, es decir, que ese presupuesto de que tiene que ver con la subordinación nunca existió, porque la subordinación aquí predicada solamente se daba en el sentido, si no me trae las prendas pues sencillamente yo no pago la remuneración que se había pactado y en cuanto al salario, efectivamente, pues existen los salarios sin una remuneración que no podría llamarse salario, sino una remuneración por las órdenes de trabajo que se realizaba de hecho, y no fue con ningún disfraz a los señores magistrados, no se disfrazó nada, por el contrario, lo que se hizo fue totalmente la verdad y así se probó inclusive y no se le dio el valor en primera instancia que corresponde a que hay unas órdenes de trabajo y consecuentemente hay una cuenta de cobro que debe tenerse en cuenta para efectos de determinar qué tipo de contrato se realizó, al proceder este reparo concreto de no cumplirse los presupuestos del contrato de trabajo inmediatamente, pues solicitamos que se derrumbe todo lo que se ha ordenado a la empresa para que sea reconocido a la demandante.

Además, la demanda jamás en su encabezado habla de solidaridad, como es obligatorio de acuerdo a procedimientos laborales, así desarrollado por la honorable Corte en el sentido de que debe manifestarse si hubo o no la solidaridad, nunca existió y nunca se predicó, de hecho, en la primera audiencia, el mismo abogado, el mismo togado manifestó que él los estaba demandando como personas naturales, porque claramente su Señoría, aquí procede una indebida acumulación de esa demanda, una indebida acumulación de pretensiones porque yo no puedo manifestar que tengo un contrato con una empresa y al mismo tiempo tengo un contrato con una persona natural, eso nunca se presentó.

Finalmente, señores magistrados, con todo respeto, solicito entonces se revoque la decisión que toma la señora juez de primera instancia, esto es, de condenar a la empresa demandada por cuanto no se presentan los presupuestos que constituyen el contrato de trabajo y, en consecuencia, no está obligada a pagar las obligaciones que se declararon en esa sentencia....”

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la sala resolverá los recursos de apelación, comenzando por razones de método por el de la demandada.

Al respecto lo primero que conviene anotar es que la prestación de servicios, **fue debidamente acreditada, es más aceptada desde la contestación de la demanda**, luego ignora el recurrente el argumento de la Juez, que acertadamente indica, como una vez probado este primer elemento del contrato de trabajo, se presume la existencia del contrato de trabajo y corresponde a quien lo niega desvirtuar la presunción.

En ese orden, el único argumento del recurrente para seguir sosteniendo que no hay contrato de trabajo, es que la demandada no cumplía horario y que se le pagaba por elaboración de las prendas, incurriendo nuevamente en pasar por alto, los argumentos de la Juez quien, al analizar las pruebas, no solo encontró que la demandante elaboraba prendas; que se le entregaban cortadas, sino que cuando no había para elaborar, desarrollaba otras labores, esto es venta en el almacén, pagándole el equivalente a lo devengado por prendas elaboradas en un día.

No sobra recordar que tratándose de la existencia de contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y iii) el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- **se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.**

Teniendo en cuenta lo anterior y demostrado el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación del servicio, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, **la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.**

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, **le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.**

Salta a la vista que ninguna prueba aportó la demandada capaz de desvirtuar la presunción, salvo afirmaciones sobre el horario y el salario pactado, la primera que no alcanza a desvirtuar la presunción, pues no es el horario el único aspecto a tener en cuenta para tener por demostrada la subordinación y la segunda que más que borrar el contrato lo confirma; pues solo da cuenta de una forma de salario, lo que también estudió la Juez en forma acertada, toda vez que en verdad como concluye la providencia atacada, no existe una sola prueba que desvirtué la subordinación o que indique que otro fue el contrato desarrollado, quedando por el contrario plenamente establecido el de trabajo, por lo que bastan estas consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia.

Una vez resuelto el recurso de la demandada, se resuelve el de la parte actora en sus dos aspectos: i) responsabilidad solidaria de los socios y ii) prescripción de cesantías e intereses a las cesantías.

Responsabilidad Solidaria de los socios demandados.

Contrario a lo afirmado por el recurrente, no resulta obvio que, si se demanda a una persona jurídica y además a varias personas naturales, que resultan ser socios de la jurídica; lo que se pide es la responsabilidad solidaria.

Tal y como también señaló la Juez la responsabilidad solidaria de los socios, no solo debe estar expresamente y como tal presentada, en la demanda, porque no es una

de esas pretensiones que puedan fallarse en virtud de lo establecido en el artículo 50 del C P del T y de la S S; ni aun habiendo sido discutida y acreditada en juicio; - **lo que dicho sea de paso no sucedió, pues solo se indica en alegatos de conclusión,**- toda vez que este artículo solo faculta al Juez a ordenar pago de **salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezcan que son inferiores de conformidad con la Ley cuando no hayan sido pagadas.**

No obstante, en la demanda sencillamente se demandó a la persona jurídica y a los socios como personas naturales, indicando que se laboró para ellos y sin que se hubiese solicitado la responsabilidad solidaria consagrada en el capítulo III del Título I del CST; sin que sobre recordar que efectivamente dentro de las formas de solidaridad que se consagran en este título, se encuentra la del artículo 36 que dispone:

*“Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social **y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio,** y los condueños y comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.”*

En ese orden cabe recabar en la imperatividad de la norma antes trascrita, que establece una forma de solidaridad legal y protectora del trabajador; **que, aunque no depende de la demostración de la prestación personal de un servicio directamente a favor del socio de la sociedad de personas, sino de la condición de socio de sociedad de personas que responde por las obligaciones sociales; si requiere solicitud de declaración expresa lo que no sucedió en este caso; en donde por el contrario se indicó que la demandante prestó servicios a los demandados, pero nunca se pidió se declarara la responsabilidad solidaria derivada del art 36 citado,** ni en los hechos, ni en las pretensiones, ni en los fundamentos de derecho, solo hasta los alegatos de conclusión; como para que el Juez pudiese referirse al tema, se itera ni aún con las facultades del artículo 50 del C P del T y S S, pues la norma no se lo permite.

No sobra agregar e insistir en que la solidaridad que el artículo 36 del CST depara a los socios sólo es dable declararla previa discusión, acreditación y vencimiento en juicio de los mismos, dado que es en este ámbito en donde podrán ejercitar su derecho de defensa, **y será el juez del plenario el que ha de determinar si hay lugar o no a gravar a uno o a todos los socios con dicha carga obligacional, sin que de manera sorpresiva se solicite en alegaciones de instancia; por lo que se CONFIRMA la decisión en este aspecto.**

De la prescripción de cesantías e intereses a las cesantías

Lo primero que conviene precisar es que no es cierto que los derechos laborales son imprescriptibles como se afirma en el recurso de manera errada; y aunque si bien es cierto el mínimo de derechos y garantías consagrados en el C S T, son además de normas de orden público irrenunciables; no lo es; se itera que los derechos ciertos e indiscutibles sean imprescriptibles, porque si lo son, con algunas excepciones, como en materia de pensiones; sencillamente, porque así lo consagra la misma ley, esto es en los artículos 488 del CST y 151 del C P del T y de la S S, normas que señalan la prescripción de derechos en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Ahora bien, en ese orden observa la Sala, que se equivoca el recurrente cuando señaló que las cesantías fueron objeto del fenómeno extintivo, pues contrario a lo afirmado en el recurso la condena se impuso por todo el contrato, esto es desde el 15 de enero de 2009 hasta el 20 de diciembre de 2016, y en donde específicamente se indicó que esta prestación, no fue afectada por el fenómeno extintivo, pues se causan y se hacen exigibles a la finalización del contrato, tal y como ha señalado de manera reiterada al jurisprudencia, luego el recurso no se adecua a lo resuelto por la Juez.

Ahora en cuanto a los intereses a las cesantías y como ya se dijo, si prescriben y en este caso se afectaron por el fenómeno extintivo, sencillamente porque estos se hacen exigibles en enero de cada año, luego desde allí se cuentan los tres años; siendo claro entonces que solo se causan en este caso desde 2014, en adelante, por lo que bastan las anteriores consideraciones para CONFIRMAR la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de alzada, en todas y cada una de sus partes, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sin COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2021-532-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora SONIA MILENA HERRERA, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colfondos S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de octubre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las AFP Porvenir S.A. y Colfondos.

ANTECEDENTES

La señora ESTHER JULIA ARIAS WILCHES por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación realizada a Porvenir Pensiones y Cesantías, realizada el 1 de julio de 1996, que se declare la ineficacia de la afiliación realizada a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, realizada el 10 de mayo de 2002, que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual y siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que se ordene a Porvenir y Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financieros que tenga en su cuenta de ahorro individual, sin efectuar descuentos por gastos de administración y otros conceptos, que se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante con el fin de actualizar y corregir su historia laboral una vez recibido los dineros de Porvenir y Colfondos S.A.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 3 de octubre de 1962, que realizó afiliación al ISS desde junio de 1982, de manera ininterrumpida hasta la liquidación de la entidad, que con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100, entró en vigencia Colpensiones como administradora del régimen de pensión de prima media, en donde continuó el pago de los aportes a pensión hasta el 30 de junio de 1996, que realizó afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones Porvenir, mediante solicitud de vinculación 00728498, desde el 1 de julio de 1996, de manera ininterrumpida, que el 30 de junio de 2002, efectuó traslado a Colfondos Pensiones y Cesantías, que realizó traslado de Porvenir a Colfondos mediante formulario de solicitud 8012649 con fecha de suscripción e 10 de mayo de 2002, con el empleador Pres Aplique Ltda., y actualmente cotiza a través de su empleador Dimatic Sistemas de Marcación Ltda.

Refiere que para mayo de 1996, fue asesorada por Fernando Bautista asesor comercial del fondo de pensiones Porvenir S.A., tal como consta en el formulario de solicitud de vinculación 00728498, quien informó al momento del traslado únicamente beneficios del fondo privado, que para el año 2002, fue asesorada por Miriam López asesora comercial de Colfondos, quien informó al momento del traslado mejores beneficios que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y reiteró los beneficios del fondo privado, que el asesor del fondo de pensiones Porvenir, al momento de ofrecer el traslado de Colpensiones (ISS) al fondo privado no informó las desventajas del RAIS, no suministró información sobre los regímenes vigentes con la ley ni la forma de acceder a la pensión en cada uno de los regímenes, no le brindó información



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

comparativa respecto de las mesadas pensionales posibles en el RPM y en el RAIS ni sobre las características, condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Indica que la asesora del fondo de pensiones Colfondos al momento del traslado al fondo privado no informó las desventajas del régimen de ahorro individual, no suministró información sobre los regímenes vigentes con la ley, no informó la forma de acceder a la pensión en cada uno de los regímenes ni comparación respecto de las mesadas pensionales posibles en el régimen de prima media y de ahorro individual, que no le suministró información de las características, condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales ni sobre los riesgos que se asumen en las diferentes inversiones que se realizan en los fondos privados sobre los aportes disponibles en la cuenta de ahorro individual.

Manifiesta que solicitó cálculo de mesada pensional, que la mesada que se le puede reconocer en el fondo privado es de 1 SMMLV aproximadamente cuando su IBC es superior a los dos salarios mínimos legales vigentes, que nunca recibió información clara, precisa y efectiva que permitiera analizar la forma en que se realizaría el cálculo de la mesada pensional en el fondo de pensiones privado, que al momento de la simulación realizada por la demandante se tuvo en cuenta su condición familiar actual, situación que nunca le fue informada al momento del traslado del fondo de pensiones, por cuanto la edad de sus beneficiarios puede influir en el cálculo de la mesada pensional a reconocer y, por ende, a la echa tiene un hijo de una edad de 20 años que afecta el cálculo de la mesada pensional.

Por último, expone que en su proceso de verificación de información en el año 2019, determina que frente a la afiliación que tenía con el ISS hoy Colpensiones bajo el régimen de prima media puede acceder a una pensión en donde su mesada pensional correspondería sin mayor análisis al 65% del IBC, sin tener en cuenta que tiene semanas adicionales a las mininas requeridas para el reconocimiento de la pensión, lo cual incrementaría su mesada pensional, que con fecha 1 de julio de 2020, realizó solicitud de traslado de afiliación de fondo de pensiones de Colfondos a Colpensiones, entidad que le negó el traslado argumentando que se encuentra en edad para adquirir la pensión, por lo que no es posible el traslado, que los asesores de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Porvenir y Colfondos al momento de ofrecer el traslado al fondo de pensiones privado omitieron información clara, veraz, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que la decisión de la demandante pudiera acarrear, por lo que el traslado realizado del ISS hoy Colpensiones a Porvenir y, posterior, a Colfondos es ineficaz y así debe ser declarado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó los No. 3, 6, 8, 9 y 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Por su parte, **Colfondos S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 4 y 14, negó los No. 7, 8, 10, 12 y 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 2 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que hiciere la señora **ESTHER JULIA ARIAS WILCHES** identificada con C.C. N. 39.685.040, ante la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, con fecha de solicitud 02 de mayo de 1996 y fecha de inicio de efectividad 01 de julio de 1996, por los motivos expuestos. En consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **ESTHER JULIA ARIAS WILCHES**, como cotizaciones, rendimientos y cuotas destinadas a la garantía de pensión mínima para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y cuotas destinadas a la garantía de pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que, no había discusión alguna en cuanto a la afiliación de la demandante al RPM administrada en su momento por el ISS y también el traslado que efectuase a Porvenir en el año 1993, y el posterior traslado a Colfondos, de ellos da cuenta las documentales que fueron aportadas por las demandadas, esto es, los formularios de afiliación, las certificaciones de los fondos demandados y también la certificación del SIAFP.

Teniendo en cuenta lo anterior, indicó que la demandante al momento del traslado no fue asesorada en debida forma, en el libelo invocatorio se dice que se le habló de los aspectos positivos del RAIS, pero no se le informó las desventajas del régimen, tampoco se le informó sobre los regímenes vigentes con la ley, no se le informó la forma de acceder a la pensión en cada uno de los regímenes, no se le suministró información comparativa respecto de las mesadas pensionales posibles en el RPM y de ahorro individual y no se suministró información de las características, condiciones acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, haciendo hincapié en que solamente se le informó respecto de las ventajas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Por su parte, las codemandadas si bien es cierto manifestaron que les asistía ánimo conciliatorio, también lo es que al momento de contestar la demanda se opusieron a las pretensiones formuladas en su contra y propusieron excepciones, señalaron en los alegatos de conclusión que la afiliación se había dado de manera libre y voluntaria, igualmente se había cumplido con el deber de información que asistía en ese momento y que encontraban inconsistencias en el interrogatorio de parte rendido por la demandante frente al libelo invocatorio.

Así las cosas, el asunto bajo estudio, se regía de conformidad con la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, y con base en las reglas establecidas por dichos pronunciamientos dentro de las cuales se destaca la que indica que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado, igualmente que los fondos demandados deben probar en juicio en virtud de la inversión de la carga de la prueba que se cumplió con la obligación que les asistía por la fecha en la cual se trasladó el afiliado, conforme a los períodos históricos que ha determinado la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la fecha de afiliación o de traslado de la demandante de régimen pensional, se está frente al primer período histórico que va desde la expedición de la Ley 100 de 1993, hasta la expedición de la Ley 1328 de 2009, es decir, del 1 de abril de 1994, hasta el 2009, ese primer período donde se destaca únicamente el deber de información se ha indicado por parte de la Corte que el mismo consiste en *“Ilustración de las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno los regímenes pensionales”* Es decir, se debe de manera clara, expresa y sobretodo entendible, explicar en este caso a la afiliada pues cuáles eran las características de cada uno de los regímenes, indicándoles cuáles eran los requisitos para pensionarse en uno y otro régimen y también los beneficios que tiene cada régimen pensional, es decir, dándole a conocer el sistema pensional en Colombia en un todo con sus dos regímenes pensionales y no únicamente ateniéndose a indicar los beneficios que tiene cada uno de ellos.

En virtud de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, se debía probar en juicio que se cumplió con ese deber de información, en este caso en particular sobre el formulario de afiliación suscrito por la demandante en el año de 1996, no hay ninguna otra prueba que permita determinar que en efecto se cumplió



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

con el deber de información en los términos que ha indicado la Corte Suprema de Justicia; en cuanto a lo dicho por la demandante, lo manifestado también en el libelo invocatorio, se debe tener como una confesión de la parte actora es que señala cuales son los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, en estos se dice que se le habló específicamente de los aspectos que eran beneficiosos en el sistema pensional como, por ejemplo, la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, la devolución de excedentes y libre disponibilidad en caso de completar el capital suficiente para acceder a la pensión, la posibilidad de gozar de una mesada pensional mayor a la que se le otorgaría en el RPM, la liquidación del ISS y que los fondos privados asumirían la administración del régimen pensional pero también se indica que se le dejaron de explicar ciertos aspectos propios del RAIS al cual ya se hizo referencia anteriormente.

En ese orden de ideas, indicó que no se cumplió con ese deber porque no se le dio la explicación completa tanto de los puntos positivos o negativos que tiene cada uno de los regímenes pensionales aplicados a su caso particular o al menos de manera general sin omitir alguno de ellos, en cuanto a lo dicho en el interrogatorio de parte, afirma la demandante que no se le dio ninguna información porque la empresa era quien le señalaba a que fondo debían pertenecer; sin embargo, a pesar de haber esa contradicción, no se encontraba en el libelo invocatorio confesión respecto a la información total porque únicamente se acepta que se le habló respecto de los hechos positivos que existen en el RAIS.

Así, no existía prueba suficiente que de la certeza de haberse cumplido para el momento del traslado de régimen pensional con ese deber de información que le asistía a Porvenir S.A., y acogiéndose a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y dado que no se probó ese deber de información, se declararía la ineficacia del traslado de régimen pensional, ordenando la devolución de los aportes, los rendimientos y las cuotas destinadas al pago de garantía de pensión mínima.

En lo que tiene que ver con las cuotas de administración y los seguro previsionales, indicó que mantendría la tesis según la cual a pesar de los efectos que se generan con la ineficacia pues no se puede perder de vista que durante más de estos 20 años que ha estado la demandante afiliada al RAIS,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

se han consolidado unos hechos jurídicos puntuales, entre ellos, el amparo a las contingencias de invalidez y muerte, esto respecto de los seguros previsionales y que afortunadamente no se presentaron esas contingencias y, por lo tanto, no hubo lugar a que se activaran esos seguros para el reconocimiento de la pensión de invalidez o de la pensión de sobrevivientes y en cuanto a las cuotas de administración estas son determinadas por la ley para ambos regímenes pensionales, por ello, no se ordenaría su devolución.

En cuanto a las costas, atendiendo a que las partes manifestaron tener ánimo conciliatorio, especialmente lo que respecta a Colpensiones, esta no participó en efecto del negocio jurídico que hoy se declara ineficaz pues no habría lugar a condenarla en este rubro.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indicó no estar conforme con el apartado correspondiente a la orden de reintegro de recursos al RPM solicitando modificar, adicionar, dicha decisión, en el sentido que frente a la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando esta tiene lugar y conforme a la jurisprudencia base de la sentencia de la Juez 29 Laboral, esta debe incluir no sólo los valores ya referenciados sino también el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración, y en aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ordenar la devolución de los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, la anulación de bono pensional si hubiere y los porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora ESTHER JULIA ARIAS WILCHES, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en mayo de 1996, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo el traslado horizontal que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

efectuara la actora a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 10 de mayo de 2002, donde permanece afiliada, de conformidad con la copia de dicha documental y visible en expediente digital, remitida por Colfondos S.A.

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por las AFP demandadas en sus alegaciones, se tiene que como bien lo adujo la decisión de primer grado, ninguna de ellas da cuenta respecto que la señora Esther Julia Arias Wilches, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita y contrario a lo que señalan en este punto las demandadas en alegaciones, se logra determinar que la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Provenir S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales del demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Aunado a ello, el deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular de la actora, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera este tópico también ha sido



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

De otra parte, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso, respecto a los valores correspondientes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por estos conceptos por parte de Colfondos S.A., los que deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Por lo señalado en precedencia, se **modificará** el numeral SEGUNDO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los gastos de administración y primas de seguro previsional, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a cotizaciones, rendimientos y cuotas destinadas a la garantía de pensión mínima.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración y primas de seguro previsional**, durante la vigencia de la afiliación de la demandante al RAIS.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100532-01 Dte: ESTHER JULIA ARIAS WILCHES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Mo - [Firma]

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

[Firma] - [Firma]

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

ORDINARIO No. 36-2019-908-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: KELLY JOHANA CORREA SÁNCHEZ

**DEMANDADO: DUARTE & CADENA SAS, MARCELA ANDREA
DUARTE PÉREZ Y LUISA FERNANDA CADENA PERDOMO**

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora ÉRIKA JOHANNA GUZMÁN, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Duarte & Cadena S.A.S., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá siendo el día treinta (30) de noviembre del año dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora **KELLYJOHANA CORREA SÁNCHEZ** instauró demanda en contra de **DUARTE & CADENA SAS, MARCELA ANDREA DUARTE PEREZ Y LUISA FERNANDA CADENA PERDOMO**, para que, a través de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de octubre de 2017 hasta el 7 de agosto de 2019, que le fue asignado un puesto de trabajo con los respectivos elementos, que el salario mensual era de

\$1.200.000, que no se le pagaron prestaciones, que el contrato se terminó de forma unilateral y sin justa causa-Solicita en consecuencia pago de prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria del art 65 CST, sanción del art 99 de la ley 50 de 1990, aportes, indexación, extra y ultra petita, costas. (Expediente Digitalizado).

Fundamenta sus pretensiones en que la demandante se vinculó a en las fechas señaladas mediante un supuesto contrato de prestación de servicios, que la labor era prestar servicios de pedicure y manicure, depilación manejo de insumos, apoyo en caja registradora y aseo del establecimiento, que el salario era variable inferior o superior en ocasiones a \$1.200.000, dado que se calculaba con el 40% de los clientes que atendiera, que se pagaba en efectivo o por transferencia denominada cuenta.monede, que los elementos eran asignados por la demandada en su totalidad, que debía rendir cuentas, que laboró tiempo completo para la demandada, con horario de lunes a viernes entre 10:00 am y 3:00 pm, sábados 10:00 am a 8:00 pm y dos domingos al mes de 10:00 a, a 7:00 pm, que el 6 de agosto de 2019, pretendieron que firmara un contrato de arrendamiento y de cuentas en participación, que al no ser aceptado fue terminado el contrato, sin pago de prestaciones e indemnización, que nunca fue afiliada seguridad social y por el contrario se le exigió que lo hiciera como independiente. (Expediente Digital).

Por su parte las demandadas, contestaron oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, asegurando que jamás existió contrato de trabajo sino una relación comercial a través de un contrato de cuentas en participación, haciéndola participe del negocio en un 40%. Agregó que la demandante es comerciante y está inscrita en cámara de comercio con actividad económica y matrícula mercantil de peluquería y tratamientos de belleza, afirma que siempre fue independiente e incluso entre junio y agosto de 2018 se relevó de cumplir con sus obligaciones comerciales. Agregó que el contrato comercial terminó por voluntad de la parte actora. En consecuencia, negó los hechos en su mayoría afirmando que se solicitó firmar el contrato de cuentas en participación ante la pérdida del original. Propuso las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de responsabilidad solidaria de los socios cuando la sociedad es por acciones simplificada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción extintiva de los derechos y la consecuente caducidad de la acción, compensación, buena fe, enriquecimiento sin causa, mala fe de la demandante, genérica o innominada. (Expediente Digital)

Tramitada la primera instancia, la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia calendada veintiséis (26) de octubre de 2022, por la que resolvió **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y **CONDENAR** en costas a la parte demandante. (Expediente Digital).

Para llegar a esa decisión en síntesis luego de referirse a las normas y jurisprudencia aplicable; afirmó la Juez: "...cita las pruebas así:

1. *constancia suscrita por las señoras Marcela Duarte y Luisa Fernanda Cadena como representante legal y gerente de Duarte & Cadena S.A.S y dirigida a la Fundación Universitaria Cafam, en donde se certifica que la señora Kelly Johana Correa trabajó mediante contrato de cuentas en participación a partir de octubre de 2017, que se retiró de manera voluntaria por un periodo de un mes y medio en 2018 y que se reincorporó en agosto de 2018. (carpeta 1, archivo 1, folio 33)*
2. *Comunicado de fecha 01 de agosto de 2018, por medio del cual se informa que las trabajadoras deberán efectuar aportes a E.P.S y A.R.L so pena de no seguir contando con sus servicios. (carpeta 1, archivo 1, folio 34)*
3. *Contrato de arrendamiento de kit de seguridad y elementos de trabajo sin diligenciamiento ni firma de los contratantes (carpeta 1, archivo 1, folios 35 y 36)*
4. *Contrato de cuentas en participación sin diligenciamiento ni firma de los contratantes (archivo 1, carpeta 1, folios 37 y 38)*
5. *Paz y salvo de fecha 06 de agosto de 2019 (carpeta 1, archivo 1, folio 39)*
6. *Acta de terminación de prestación de servicios y paz y salvo (carpeta 1, archivo 01, folio 40)*
7. *Relación de capturas de pantalla de conversaciones vía WhatsApp, en las cuales se corrobora que por parte de Wonderland Atlantis se dan ordenes referentes a que el canal de comunicación de los clientes, que deben dejar el lugar de trabajo limpio y ordenado, se verifica que se especifica quien debe hacer el turno del día 13 de enero, se les insta para realizar el pago de los aportes a la EPS, el diligenciamiento de los formatos de control de los líquidos de aseo, se hace alusión a cómo deben esterilizarse los instrumentos y donde se deben guardar, indicaciones referentes a las horas de ingreso e incluso instrucciones para que se queden hasta la hora del cierre (carpeta 1, archivo 1, folios 41 a 45)*
8. *Constancia de depósitos vía plataforma "Daviplata" entre el 01 de noviembre de 2017 al 20 de julio de 2019 (carpeta 1, archivo 1, folio 47 a 51)*
9. *Comunicación de Luisa Fernanda Cadena (gerente de wonderland nails) y Marcela Andrea Duarte (representante legal de Duare & Cadena) a la demandante Kelly Johana Correa manifestando la intención de formalizar acuerdo verbal de afiliación a sistema contributivo de salud. (carpeta 5, archivo 4, folio 4)*
10. *Recibos de pago por concepto de honorarios de fechas 06 de agosto, 11 de marzo, 06 de abril, 04 de mayo, 05 de junio, 04 de julio y 30 de julio de 2019 (carpeta 5, archivo. 4 folios 6 a 12)*
11. *Manual de bioseguridad Wonderland Nails (carpeta 05, archivo 04, folios 13 a 73)*
12. *Protocolo de esterilización de instrumentos (carpeta 5, archivo 4, folio 74)*
13. *Copia de texto plano de conversación vía WhatsApp entre Kelly Correa y Luisa cadena de fecha 13 de julio de 2019 de donde se desprende que entre las partes se concretaron detalles para la elaboración de certificación dirigida a la Fundación Universitaria Cafam. (carpeta 5, archivo 4, folio 75)*
14. *Copia de texto plano de conversación vía WhatsApp entre Kelly Correa y Luisa cadena de fecha 28 de julio de 2019, de donde se lee que la demandante no asistió a laborar el 28 de julio de 2019 manifestando sentirse indispuesta. (carpeta 4, archivo 4, folio 76)*

Señala que de otra parte, en el curso del proceso se escucharon los respectivos interrogatorios de parte, sobre los mismos y previo su análisis resulta imperioso recordar que el objeto del interrogatorio tiene por objeto buscar la confesión de la parte, misma que se entiende respecto de las declaraciones que perjudican al declarante o que favorecen a la parte contraria acorde lo indica el artículo 191 del C.G.P. Las demás afirmaciones son meras declaraciones de parte y por tanto, para que se les de validez en el juicio requieren contar con respaldo probatorio en otros medios probatorios, como de forma clara lo explica la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en la sentencia SL SL 16527 de 2016, la cual cita en su parte pertinente. Efectuada la anterior precisión, indica que la demandante negó la suscripción de contrato de cuentas en participación y señaló que percibía un salario mensual variable que dependía de la cantidad de servicios prestados a clientes

atendidos mensualmente; que le correspondía un 40% sobre el pago de cada servicio por los clientes, esto es manicure, pedicure etc; que los elementos pertenecían a la demandada, que tenía un horario de 10:00am a 3:00 pm entre semana, sábados de 10:00am a 8:00 pm y 2 domingos al mes de 10:00am a 7:00pm, los horarios fueron consensuados por las partes como quiera que la demandante estudiaba de 6:00pm a 10:00pm. Dice que la demandante afirmó que cuando no podía asistir, debía avisar a las demandadas con anticipación, con el fin de acomodar la agenda del spa, que su jefe inmediato era la señora Luisa Cadena, sin embargo, había un administrador encargado de realizar la apertura, cierre y asignación de turnos. Que empezó a trabajar en octubre de 2017 y la relación laboral terminó en agosto de 2019, comoquiera que las demandantes les dieron a conocer unos contratos, que se los explicaron y al no estar de acuerdo con el contrato se le informó que no podía continuar laborando; afirmó que durante la relación laboral no disfrutó de vacaciones, que no prestó sus labores por fuera del establecimiento de manera independiente. Se refiere además al interrogatorio de Luisa Fernanda Cadena en su condición de socia de Duarte & Cadena S.A.S y como persona natural. Indica que no contrató a la demandante para trabajar en el establecimiento de comercio Wonder nails de propiedad de Duarte & Cadena S.A.S, que se hizo un acuerdo de cuentas por participación, en donde las socias gestoras cuidaban del funcionamiento del establecimiento de comercio, que se encargaban de cubrir los gastos fijos y variables del establecimiento de comercio y que del 100% de los costos de los servicios prestados por la demandante obtenían el 60% de las ganancias y el restante 40% era obtenido por la demandante; afirmó que los contados fueron suscritos desde el principio pero no cuenta con los mismos, comoquiera que la documental se perdió. Que los insumos pertenecían al establecimiento de comercio para asegurar la igualdad en la atención a los clientes y que en consecuencia se suscribió con la demandante y contrato de arrendamiento de los insumos, sobre las cita de los clientes indicó que se pactaban con el spa y que ocasionalmente la demandante atendía a sus propios clientes en las instalaciones del spa; que el contrato finalizó porque la pasiva quiso renovar el contrato inicialmente suscrito y que al no estar de acuerdo con las condiciones, la demandante decidió terminar la relación, en caso que la demandante no se presentara a laborar, la demandada indicó que la señora avisaba dicha situación con el fin de re agendar las citas; que en el spa existen parámetros de bioseguridad de la secretaría de salud, que existen estándares de calidad en el spa, por lo cual en la prestación de sus servicios si se pactaron parámetros; sin embargo, no se presentaban llamados de atención por no cumplirse los mismos. Sobre el horario, aseguró que hubo un mutuo acuerdo para la prestación de sus servicios comoquiera que la demandante estudiaba y en ocasiones no se presentaba a trabajar para poder cumplir con sus actividades académicas, que en un inicio no se dejó constancia de la entrega de insumos, que durante el funcionamiento del spa se dejaba constancia en un Excel de la entrega, pero que hubo momentos en los que no se hizo, que para repartir las ganancias se tomaba el valor total de los servicios prestados por la demandante, el 60% iba para las socias gestoras y el 40% para la demandante, de ese 40% se descontaba el valor entregado previamente a la demandante por vales (valores que solicitaba la demandante menor a \$70.000) y por adelantos (sumas mayores a \$80.000) y se le transfería el resto como ganancias a través del Daviplata de la demandante; que para llevar las cuentas de los servicios, la administradora llevaba diariamente los servicios prestados y los vales o adelantos solicitados por la demandante en donde al final del día la demandante firmaba y que adicionalmente se llevara el mismo control en un Excel al cual la demandante tenía acceso por intermedio de la administradora; que se le pagaron todos los servicios prestados a la demandante. Que la demandante llegó a Wonderland Nails Pontevedra y adujo que quería prestar sus servicios allí, se le hizo prueba de sus habilidades y se pactó el horario de prestación de servicios y el porcentaje de ganancias. De otra parte el interrogatorio Marcela Andrea Duarte como persona natural demandada, señala que se presentaba al establecimiento de comercio por ratos, que estuvo presente al momento de la firma del contrato de cuentas en participación en 2017, y que adicionalmente se firmó otro contrato de arrendamiento, que los pagos estaban divididos en un 40% como ganancia para quien prestaba el servicio y 60% para las socias gestoras, que lo pactaron así porque se enteraron que en peluquerías reconocidas se manejaba ese tipo de contrato y lo adoptaron; sobre

el horario indicó que, la demandante propuso el tiempo en el cual asistiría a prestar sus servicios, de acuerdo a sus propios horarios, que en caso de no asistir la demandante no pasaba nada, que en ocasiones la señora Kelly avisaba de su inasistencia con el fin de re agendar los turnos, pero en otros momentos guardaba silencio y sus turnos se le asignaban a otra colaboradora si el cliente así lo aceptaba; coincidió en que la forma de asignar las citas era vía internet por la plataforma; por teléfono o directamente con la prestadora, así como también coincidió en indicar que la demandante no estuvo de acuerdo con renovar el contrato de cuentas en participación, por lo cual no continuó prestando sus servicios.

En cuanto a los testimonios se refiere al de Tatyana Fontecha y de Dora Constanza Rincón por la pasiva, en contra de los cuales se formuló tachas por sospecha, afirmando que se debe recordar que en torno a las tachas propuestas se tiene que de tiempo atrás se tiene previsto que la tacha no implica que no se tenga en cuenta la declaración, sino que impone al juzgador la obligación de ser más riguroso con esta. Posición que se reitera en la sentencia SL3721 del 2019, la cual cita, procediendo al análisis de los testigos, afirmando que es imperioso indicar en lo que respecta a la tacha formulada respecto de la testigo Dora Constanza Rincón que esta juzgadora indagó si la misma escuchó algún aparte de las declaraciones previamente rendidas por las partes y esta a su vez aseguró no haber escuchado nada, comoquiera que, si bien se encontraba en el mismo dispositivo con el apoderado de la pasiva, lo cierto es, que para el momento de las declaraciones ella se encontraba en el pasillo y nada escuchó, aseveración a la cual se le debe dar credibilidad en virtud del principio de buena fe previsto en el artículo 83 de nuestra carta política a más que no existe ninguna disposición normativa que refiera que no puede ser posible que el testigo rinda su declaración desde el mismo dispositivo del apoderado y anudo a ello, pese a que los apoderados tienen la facultad de solicitar que la audiencia se realice de forma presencial acorde lo prevé el artículo 7° de la ley 2213 del 2022. Dice entonces que Tatyana Fontecha Vela indicó que trabajó en Duarte & Cadena S.A.S 2 años, entre 2017 y 2019 en el mismo establecimiento que la demandante, que la señora Kelly era manicurista, prestó su servicios de manejo de caja y apertura y cierre del establecimiento, que en caso de no acudir a trabajar se debía avisar con anticipación y reponer las horas en que se ausentaran, que a la demandante se le hicieron varios llamados de atención por no presentarse a cumplir sus funciones o por llegar tarde; que los elementos que usaba la demandante para desarrollar las actividades eran de las demandadas, que no se debía pagar ningún porcentaje por el uso de las herramientas. En relación con el pago indicó que se les pagaba un porcentaje sobre las clientes atendidas, que la demandante tenía horario de lunes a viernes de 10 a 3, sábados de 8 a 7 y 2 domingos al mes con el mismo horario del sábado, que la testigo presentó demanda en contra de la misma pasiva de este proceso y por pretensiones parecidas. Sobre la terminación de la relación laboral, indicó que se les citó a una reunión, que se les entregó el contrato y se les dio unos días para estudiarlo, que la demandante y la testigo se negaron a firmar y por esta razón no continuaron prestando sus servicio, que la razón por la que no suscribieron el contrato fue porque se les iba a cobrar por el uso de herramientas.

En cuanto a la testigo Dora Constanza Rincón Verdugo indicó que labora actualmente con la empresa demandada, entre febrero de 2018 a julio de 2019 y entre enero de 2021 a la actualidad, manifestó que laboró en la sede Shaio y compartió sede con la demandante, que la señora Kelly prestaba sus servicios como manicurista al spa, que no se cumplían horarios, que el spa agendaba citas y cuando la colaboradora no asistía avisaba de dicha situación con el fin de reagendar las citas previamente agendadas por los clientes, que si no asistían no pasaba nada, que el pago dependía del valor de cada servicio prestado, se le pagaba el 40% a la colaboradora y el 60% para el spa; que se llenaba un Excel con la cantidad de servicios y el valor de cada uno y que así se calculaba el pago. Que la demandante podía pedir un vale o adelanto previo a la fecha establecida para el pago o esperar a la fecha y recibir los valores totales; sobre los llamados de atención, aseguró que la demandante no recibió ninguno por parte de la demandada Luisa Cadena y aseguró que esta, casi nunca iba al spa; que la testigo tampoco le hizo ningún llamado de atención a la demandante. Sobre los implementos para el desarrollo de las

actividades, aseveró que eran del spa y que se llevaba un registro de los implementos, esto es, se les daba una lonchera con implementos y se llevaba un registro de lo contenido en cada lonchera, sin que se firmara la entrega por las colaboradoras; que no se les cobraba ningún porcentaje por el uso de elementos, que si tuvo la oportunidad de conocer un contrato de prestación de servicios suscrito por la demandante con la demandada; que esta situación obedeció a que la seccional de sanidad exige hoja de vida de cada colaborador; que esos documentos se guardaban en una carpeta para presentación s Sanidad y no sabe si en la actualidad existen los documentos. Que los clientes agendaban autónomamente por vía telefónica, por línea whatsapp o clientes directamente de las colaboradoras y que, en caso de reusarse a atender a determinado cliente, el spa lo reagendada sin embargo no recuerda si esta situación se presentó.

En consecuencia analizadas la totalidad de las pruebas, aseguro que es claro que la demandante sí demostró la prestación personal de sus servicios como manicurista para la encartada, por manera que en virtud de lo reglado en el artículo 24 del C.S.T, se presume la existencia de la relación laboral., resta así por esclarecer, si la pasiva logró derruir dicha presunción legal acreditaron que realmente existió fue un contrato de cuentas por participación y que en efecto, no se configuraron los elementos esenciales de la relación laboral reglados en el artículo 23 del C.ST. frente al tema encontró que al analizar las pruebas en su conjunto logra corroborar que en el sub lite la pasiva sí logró desvirtuar la presunción legal antes referida, en tanto logró acreditar que las actividades desarrolladas por la demandante no se ejecutaron bajo la continua subordinación de las demandadas, ello es así en tanto las pruebas permiten inferir que la demandante fue quien estableció con las demandadas que día asistiría al establecimiento de comercio según se ajustaba a su horario académico; ahora, sino podía asistir a laborar por alguna situación particular le bastaba con manifestarlo a la pasiva y esta simplemente reagendaba a los clientes y además es evidente que no se pactó una remuneración, sino que la demandante aceptó que recibiría un porcentaje sobre el valor cancelado por el cliente directamente, lo que la llevó a inferir que no se dio la subordinación propia de un contrato de trabajo, indistintamente de que existieran algunas labores de coordinación para la ejecución del contrato, lo que con la jurisprudencia vigente, no comportan la subordinación propia de un vínculo de naturaleza laboral. A la anterior conclusión arribó, no solo de lo confesado por la demandante al admitir que ella si estaba estudiando y que desde un comienzo de forma consensuada se estableció que días asistiría, esto implica que jamás se le impuso el cumplimiento de un horario o los días en que debía laborar, sino que ella misma lo pudo establecer con las demandadas acorde a su disponibilidad horaria. Ahora, la testigo Tatiana refiere que la demandante recibía llamados de atención si no cumplía el horario y que debía reponer el tiempo en caso de no asistir a laborar; sin embargo, tales aseveraciones resultan contradictorias no solo con el dicho de la testigo Dora Constanza Rincón, sino con lo admitido por la propia demandante en el interrogatorio de parte, pues en este la actora fue quien expreso que si no podía asistir solo debía informarlo con tiempo para que se reagendara a los clientes, pero jamás adujo que debía reponer el tiempo, de hecho llama la atención de esta juzgadora la conversación via WSP del 24 de agosto del 2018 en el que se puede leer que es la demandante quien le escribe a la demandada Luisa confirmando que ira al día siguiente así “Hola luisa que pena escribir a esta hora te dejo el mensajito para que confirmes que voy mañana”, en igual sentido en conversación del 28 de julio del 2019 Luisa le indica que no recuerda bien el horario en que va a asistir y si le pregunta si asistirá ese día a lo que la demandante responde que se siente mal y que no ira, así: “Hola Luisa...estoy un poco indispuesta No Luisa hoy no”. Conversaciones de las cuales se extrae con nitidez que la demandante no era apremiada para que concurriera a desarrollar su actividad en el establecimiento de la demandada, sino que de hecho se le consultaba si asistiría, siendo del resorte de la demandante definir si lo haría o no, situación que no es propia de un vínculo de carácter laboral, pues en este último el trabajador no tiene la potestad de definir o establecer si asiste o no a laborar. Ahora, sobre este punto no se pasa por alto que existe un wsp de un grupo en el cual se lee que se indica en torno a los horarios que

al día siguiente todos deben quedarse hasta el cierre y que hay un día que se requiere que las personas que asisten en la mañana deben llegar a las 9:30 a.m. Sin embargo, de dicha conversación no se extrae con nitidez que sea a la demandante a quien se le requiera para que se presente o cumpla dichos horarios o siquiera se puede extraer que exista alguna consecuencia disciplinaria para quienes no atiendan este requerimiento, por el contrario, se corrobora que se insta a un grupo para que presten su colaboración y trabajo en equipo, a más que en sí misma no permite entrever que a la demandante se le impusiera ni un horario ni una jornada de trabajo. En tal sentido, citó la sentencia con Rad. 24130 del 2005, en la cual la Corte se refiere a estos requerimientos, en donde se afirma que estos no implican subordinación, también citó la sentencia SL-14481 del 2014, sobre la presunción del art 24 del CST.

También hizo referencia a constancia suscrita por las señoras Marcela Duarte y Luisa Fernanda Cadena como representante legal y gerente de Duarte & Cadena S.A.S y dirigida a la Fundación Universitaria Cafam, en donde se certifica que la señora Kelly Johana Correa trabajó mediante contrato de cuentas en participación a partir de octubre de 2017, que se retiró de manera voluntaria por un periodo de un mes y medio en 2018 y que se reincorporó en agosto de 2018; sin embargo, ha de precisarse que, esta constancia está fechada julio 12 de 2019 (fl. 33, archivo 1, carpeta 1), y que en la carpeta 5, archivo 4, folios 75 y 76 se da cuenta de la conversación de chat en donde la demandante y la demandada Luisa Cadena concretan el contenido que deberá llevar dicha constancia a acorde los requerimientos de la actora; esto es, situaciones precisas como los extremos, las horas prestadas y que se prestaban servicios inclusive los sábados, específicamente se lee “No sé cómo poner que el sábado trabajo todo el día porque o sí no me van a decir que podría tomar las clases lectivas el sábado”. En tal sentido resaltó que, aunque no existe prueba de la suscripción del contrato de cuentas por participación, es patente que la demandante conocía sobre esta modalidad contractual y que la aceptó, pues de hecho así se estableció en la mentada certificación que como se puede leer en la referida conversación se expidió acorde los requerimientos de la propia demandante. Sobre este punto, de igual forma resaltó que aunque el contrato no reposa en el plenario, ni existe evidencia de que la demandada iniciara un proceso por pérdida de los mismos, como bien se indicó en líneas anteriores acorde lo prevé el artículo 508 del Código de Comercio el contrato de cuentas por participación no requiere de ninguna solemnidad para que surja a la vida jurídica, luego por disposición legal no es indispensable que cuente por escrito, sino que basta que medie el acuerdo entre las partes. Agregó que sobre este último punto, no solo se extrae de la conversación antes aludida que la demandante conocía el tipo de contrato por el cual se regían las partes, sino que incluso como lo confiesa en el interrogatorio y concuerda con lo dicho de por las testigos, desde que inició a desarrollar su actividad como manicurista sabía que no recibiría una remuneración salarial, sino que en virtud del mentado contrato de cuentas por participación, tendría derecho a un porcentaje de lo que pagaran los clientes que ella atendía, por manera que las ganancias que percibiera, dependían de su propia disponibilidad de tiempo y el número de clientes que ella atendiera que según relata la testigo Dora, no solo agendaban a través de los canales del establecimiento de comercio, sino que también lo podían hacer por acuerdo directo con la promotora. Añadió que no fue posible establecer que se le diera a la demandante una delimitación de cómo debía ejercer su oficio, ya que ella era autónoma en sus procedimientos; lo que no resta que las demandadas como propietarias del establecimiento dieran unas indicaciones sobre temas administrativos relacionados con la higiene del lugar y los implementos con los cuales se realizaban el manicure y pedicure para garantizar la calidad del servicio a los clientes, lo cual no comporta per se la subordinación propia de un contrato de trabajo sino labores de coordinación indispensables para la ejecución de la actividad comercial. En tal sentido citó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en la sentencia con Rad. 40966 del 2012, al respecto, así como recordó que la CSJ se ha pronunciado en casos similares al presente sobre actividades desarrolladas en establecimientos de comercio de la misma naturaleza y en los que al igual que este se pactó que se percibiría un porcentaje sobre el monto cancelado por el cliente, logrando colegir que la naturaleza de estas relaciones no es de carácter laboral como

*en la sentencia SL-1723 del 2022, por lo que concluyó que en este caso, **no existió una relación de carácter laboral como lo pregonaba el extremo demandante y por tanto, no queda otra salida distinta que absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra....***"

Como no se interpuso recurso, se conoce en grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 69 del C P del T y de la S S, se resuelve el grado jurisdiccional de consulta.

Entonces lo primero que debe recordarse es que la actividad probatoria de quien alega la existencia de una relación laboral en la cual concurrió como trabajador, debe conducir al fallador por lo menos a la certeza no solo **acerca de la efectiva prestación personal del servicio, en las condiciones materiales en que eventualmente se desempeñó y durante unos extremos temporales determinados, sino también a que persona natural o jurídica se le presta.**

Así las cosas, considera la Sala que a pesar de ser claro que la demandante desarrollaba una labor en un establecimiento de las demandadas y con los elementos suministrados por estas, este servicio, contrario a lo indicado por esta parte en alegaciones, no era en favor de dichas personas jurídica y naturales, como exige la definición que del contrato de trabajo hace el artículo 22 del CST, pues en estricto sentido era en beneficio de ambas partes, quienes repartían utilidades en porcentaje de 40 % para la actora y 60% para la demandada; luego tampoco resulta establecido plenamente la prestación del servicio en las condiciones propias de un contrato de trabajo; primer elemento de este, establecido en el artículo 23 del CST.

Respecto al tema de los alcances de la prestación del servicio resulta ilustrativa la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Mayo 31/65, quien desde esa época señaló:

*"No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. **Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la "relación de trabajo personal"** de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de **un servicio personal** materia o inmaterial continuado, dependiente y remunerado".*

No obstante, aceptando que ese servicio era en favor de las demandadas, sin duda alguna se abre paso entonces la presunción de contrato de trabajo, establecida en el art 24 del C P del T y de la S S, -presunción que le otorga una ventaja probatoria a la demandante pues será quien niega el contrato quien deba desvirtuarla, ya que - **el demandante debe probar la prestación personal del servicio, esto es el primer elemento esencial del contrato de trabajo de los tres que contempla el art 23 del CST.-**

En este caso tal y como señaló la Juez, del análisis de las pruebas puede inferirse sin duda alguna que la demandada, logró desvirtuar la presunción, pues quedó demostrado que el contrato desarrollado no fue de trabajo sino una relación comercial de cuentas por participación; siendo claro que las presunciones establecidas por la ley “serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados”.

Y es que, revisadas las pruebas, juiciosamente analizadas por la Juez; la Sala también encuentra que el segundo elemento del contrato esto es la continuada subordinación o dependencia del trabajador, respecto del empleador, que lo faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos; no existió siendo en verdad lo desarrollado un verdadero contrato comercial, con participación de utilidades.

Es la propia demandante la que desde la demanda informa como era que se repartían estas utilidades, esto es de las ganancias obtenidas, por servicios a clientes, la propietaria del establecimiento obtenía el 60% y la actora el 40%, sin que tuviera que asumir costo de insumos, ni servicios del establecimiento, lo que sin duda contribuye al ingreso real de sus utilidades.

De otra parte, quedó establecido, pues así lo confesó la actora en interrogatorio; que, si no podía asistir al establecimiento por alguna razón, entre otras por las actividades académicas que también fueron aceptadas; le bastaba comunicarlo para re agendar; quedando también acreditado, que el tercer elemento del contrato, esto es el salario, nunca fue pactado en cifra alguna, pues dependía de los clientes atendidos, quienes cancelaban el servicio y de allí se sacaba el porcentaje para cada una, se itera 40 y 60%; todo lo cual se opone a un contrato de trabajo en donde la subordinación se impone durante el desarrollo del mismo.

No sobra agregar que las conclusiones de la Juez no solo se basaron en el interrogatorio, sino en otras pruebas, aportadas tales como los mensajes de WhatsApp, en donde la demandante informaba que no asistiría o bien porque estaba

indispuesta o por razones académicas, incluso dando origen a certificaciones que la demandante utilizó para determinar su actividad, se itera académica.

Ahora bien, también como señaló la Juez, el contrato de cuentas por participación que consagra el Código de Comercio, no es un contrato solemne, no requiere obligatoriamente ser plasmado en documento, basta el acuerdo, y este surge y se evidencia incluso, desde la misma demanda en donde la parte, plantea la modalidad, con la que se vinculó y aunque también afirma que lo desarrollado fue un contrato de trabajo; se itera, en el juicio la demandada logró demostrar que no fue así.

Finalmente, vale decir que todo contrato comporta obligaciones para las partes, y en esa medida resulta indispensable que, por el tipo de labor, se ejerzan labores tales, como limpieza e higiene del establecimiento y de utensilios, coordinadas desde luego por las propietarias, lo que no se adecua a lo que una verdadera subordinación implica, aspecto que de antaño ha sido definido por la jurisprudencia; sin que sobre citar una que, se adecua al caso.

“(…)

*“El elemento <servicio personal>, decisivo en el contrato de trabajo, puede presentarse igualmente en el de obra. El elemento preferencial, predominante, entre el contrato de trabajo y el de obra, es la relación de dependencia o subordinación de quien presta el servicio ejecuta la obra, que se advierte en primero de estos contratos, **“La autonomía técnica y directiva de que disfruta naturalmente el locador de obra no puede entenderse como un distanciamiento del dueño de la misma, que haga perder a este su natural derecho a ejercer un cierto control sobre su ejecución, sea directamente o por intermedio de otro. Y si así ocurre el locador de la obra no deja de serlo para convertirse en asalariado...”** “En el contrato de obra, el locador se obliga a un resultado concreto y previsto; en el contrato de trabajo, el asalariado solo contrae la obligación de poner su fuerza de trabajo a disposición del otro contratante” (Sen 16 de marzo 1956 “D del T”)*

En definitiva, en ejercicio de las reglas y principios que informan la carga de la prueba, se impone concluir que ni siquiera, la demandante no logró demostrar la prestación personal del servicio en favor de las demandadas, en las condiciones propias y naturales a la existencia de una relación de carácter laboral; pero aún, aceptando que, si, tal y como concluyó la Juez, la demandada si logró demostrar que fue otro contrato; uno verdaderamente comercial, el desarrollado.

Por lo expuesto se **CONFIRMA** la sentencia revisada en consulta.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

PRIMERO.-CONFIRMAR la sentencia consultada, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- COSTAS. Sin costas en este grado de jurisdicción.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Salvo voto



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

PROCESO ORDINARIO No. 30-2021-00322-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BIRGITT ROSARIO JAIME ANGULO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR y del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 01 de noviembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora BIRGITT ROSARIO JAIME ANGULO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación efectuada al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a comienzos del año 1995. Como consecuencia, se retrotraigan



las cosas a su estado anterior y, se ORDENE a COLPENSIONES tener entre sus afiliados a la demandante en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado; se ORDENE el traslado de la demandante con la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, al igual que el bono pensional a que haya lugar y se actualice su historia laboral, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue afiliada inicialmente al ISS hoy Colpensiones desde el día 06 de octubre de 1981 al 28 de febrero de 1995, por lo que se encontraba afiliada al RPMPD; que la demandante se trasladó al RAIS al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir en marzo de 1995; que el asesor no le brindó información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en el RPMPD como en el RAIS; que quien tiene la carga probatoria de demostrar que se suministro la información necesaria es la AFP Porvenir; que nació el 05 de octubre de 1963 por lo que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2020; que tiene cotizadas 1925 semanas; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 3, 6 y 9; negó el 4, 5 y 7 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 6, 10 y 11 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito



que denominó en caso que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP Porvenir SA para que trate a la afiliada conforme a las reglas del RPM, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado efectuada por la demandante BIRGITT ROSARIO JAIME ANGULO, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 32.673.010 cuando suscribió el formulario de afiliación o traslado del RPMPD al RAIS el día 1 de marzo de 1995 con la AFP PORVENIR S.A. y en consecuencia se declara que estuvo válidamente afiliada y sin solución de continuidad en el RPMPD que administra actualmente COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., entidad que actúa a través de su representante legal o por quien haga sus veces que en un término no mayor a 30 días, luego de la ejecutoria de ésta decisión, PROCEDA A TRASLADAR la totalidad de los aportes que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, así como todos los dineros recibidos con ocasión de su permanencia en dicho régimen (cotizaciones obligatorias y voluntarias, bono pensional, rendimientos financieros, pagos de los aportes a los seguros previsionales, gastos y comisiones de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima) a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; por las razones que quedaron anotadas en las consideraciones orales que el Despacho elaboró.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada legalmente por el señor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a recibir la totalidad de los aportes que posee la actora y que provienen de la AFP PORVENIR S.A. junto con los rendimientos financieros, para que una vez tenga estas sumas de dinero proceda a reactivar la afiliación de esta en el RPMPD, convalide dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral de la demandante, con las cuales se le pueda garantizar el derecho pensional a esta.

CUARTO: En cuanto a las EXCEPCIONES propuestas por las codemandadas las mismas implícitamente fueron resueltas, no prosperando ninguna de las formuladas.



QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la AFP PORVENIR S.A. y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a TRES SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a cargo de esta y a favor de la demandante.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de pagar las costas procesales como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Como el sentido de la decisión adoptada en esta instancia fue adverso a los intereses de la entidad pública, COLPENSIONES, si la misma no es apelada, se ordena enviar el proceso al HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL en el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA, para lo cual se dispone que sea remitido el expediente DIGITALIZADO con los medios de grabación respectivos, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del C.P.L. y S.S. y la Ley 2213 de 2022”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se debe abordar bajo la figura de la ineficacia tal y como lo ha abordado la CSJ; que se debía brindar la información necesaria al momento del traslado que la carga de la prueba es de la AFP; que al no probarse que se brindó la información necesaria no se puede reputarse que la decisión de trasladarse fue libre y voluntaria.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien es cierto existe una línea jurisprudencial ésta solo es aplicable cuando existe similitud de los elementos facticos, lo cual no se presentó en este caso, pues la demandante se afilió de manera libre y voluntaria; pero sobre todo de forma informada y con sustento a las cargas que eran impuestas a los fondos según el ordenamiento jurídico vigente para el momento del traslado; que no es coherente declarar la ineficacia en estricto sentido y en otros no, pues si se declara que el negocio jurídico no se celebró jamás, es claro que los frutos producto de la buena gestión de la AFP no deben ser devueltos, para evitar un enriquecimiento sin justa causa. Que en caso de considerarse que deben existir restituciones mutuas, no debería ordenarse la devolución de rendimientos, pues el fondo termina devolviendo unos rendimientos que son superiores a los que hubiera tenido en el RPMPD; que al fondo se le deben reconocer los gastos de administración, pues de lo contrario Colpensiones se estaría beneficiando de una gestión que no hizo; que en las restituciones



mutuas cada parte es responsable de los deterioros; que en razón de las restituciones mutuas el traslado debe hacerse conforme al Decreto 3995 y no se pueden ordenar sumas diferentes a los allí ordenado. Que en cuanto a los seguros previsionales dichas sumas fueron trasladados a las aseguradoras y cumplieron su finalidad porque no es admisible su devolución, hay una imposibilidad material para devolverlos, pues son dineros que están en poder de terceros de buena fe, que no resulta procedente condenarla a la indexación de los gastos de administración y sumas de seguro previsional como quiera que se está ordenando a la devolución de unos rendimientos financieros; rendimientos que al ser ostensiblemente superiores a dichas sumas ya permiten a Colpensiones dar un cubrimiento al reconocimiento pensional sin ningún tipo de dificultad precisamente porque Porvenir está entregando un bien con mejoras producto de la profesional gestión que realizó durante varios años, lo cual cubre la indexación y cualquier valor adicional al que se le pretenda condenar. Finalmente, en lo que atañe a las costas y agencias en derecho considera que debe desestimarse, pero que en caso de que decida mantenerse dicha condena considera que el valor de las agencias en derecho es desproporcionado.

Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que existen innumerables procesos en los que se solicita la ineficacia aduciendo vicios en el consentimiento, y en donde Colpensiones esta siendo condenada a recibir a los demandantes y cuando cumpla los requisitos debe asumir el reconocimiento pensional, por lo que ha concluido que las sentencias dan una justicia desacertada, pues se ven afectados los derechos de Colpensiones, siendo condenado por un hecho que no cometió o mejor dicho sin que exista una causa generadora. Solicita se tome una decisión más ajustada para que sea revisada por la Corte, ordenando que el fondo privado traten a los afiliados bajo las reglas del RPMPD. Solicita se adicione la sentencia estableciendo que Colpensiones puede cobrar los perjuicios, aunque esto sigue generando una afectación económica pues debe pagar los abogados para el cobro de esos perjuicios.

CONSIDERACIONES



A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Birgitt Rosario Jaime Angulo, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1995 siendo éste fondo en el que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin



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

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

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

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

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen



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

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

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

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



creación de las AFP, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar y perdería todos sus aportes.

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



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

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

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

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

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



debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

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

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

No pudiendo tampoco establecerse en estos casos que la AFP privada reconozca una pensión bajo las reglas del RPMPD como quiera que esto no fue establecido por la jurisprudencia de la CSJ, en las cuales fue clara en señalar las consecuencias de la ineficacia del traslado por omisión en el deber de información.

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



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

En cuanto al argumento de Porvenir respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP. Y en cuanto al dicho del apoderado de la demandada Porvenir en el que indica que no está de acuerdo con el monto fijado como agencias en derecho por resultarle excesivo, se le recuerda que este no es el momento procesal oportuno para atacar dicho punto, como quiera que de conformidad con numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso, el monto de las agencias en derecho solo puede controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:



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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-275-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALBA NELLY DUQUE CAMELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 23 de marzo de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones y AFP Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

La señora ALBA NELLY DUQUE CAMELO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad e ineficacia del traslado que efectuara el 30 de junio de 1999, con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Porvenir S.A., toda vez que no le brindó información eficaz, veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones, que se declare que la única afiliación válida y vigente es al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones; sin solución de continuidad, como si nunca se hubiese trasladado al RAIS, que se condene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto con los rendimientos que se hubieren causado sin descontarle por ningún concepto gastos de administración o cualquier otro emolumento que quiera deducirle a cuenta propia Porvenir S.A., y que se declare que la demandante es beneficiaria del Régimen de Transición.

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Porvenir S.A., a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo viciada de nulidad por error de hecho, que se condene a Colpensiones a recibirla nuevamente como si nunca se hubiere trasladado del RPM al RAIS en Porvenir S.A., y a reconocer que es beneficiaria del Régimen de Transición, que se condene a Porvenir S.A., a liberar de su base de datos a la demandante y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones y sin que Porvenir S.A., le realice ningún tipo de descuento por gastos de administración o cualquier otro emolumento. Por último, solicita se condene a las codemandadas en costas y agencias en derecho y lo que resulte ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 23 de mayo de 1957, que la mayor parte de su vida ha trabajado en el SENA, tal y como se puede verificar en su historia laboral, que se afilió al ISS hoy Colpensiones el día 26



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de septiembre de 1988, que es beneficiaria del Régimen de Transición pues al 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad, que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, al 25 de julio de 2005, tenía 781.48 semanas, por lo que su régimen se extendió hasta el 31/12/2014, fecha para la cual tenía más de 1.000 semanas en cualquier tiempo y 57 años de edad, razón por la cual tiene derecho a pensionarse bajo el Acuerdo 049 de 1990, , que tiene un hijo en condición de discapacidad de nacimiento con Síndrome de Down, tal y como consta en la certificación del servicio médico expedida por el SENA, que su hijo toda la vida ha dependido económica y exclusivamente de ella, que aproximadamente en junio de 1999, un promotor de Porvenir S.A., se presentó en las instalaciones de la empresa para la cual ha laborado en el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), que se trasladó por motivación del asesor de Porvenir S.A., el 30 de junio de 1999, efectivo su traslado al RAIS a partir del 01/08/1999.

Indica que a la fecha cuenta con un total de 1.468 semanas cotizadas a dicho fondo como lo demuestra la historia laboral emitida por Porvenir S.A., del 13/02/2019, que cotizó al ISS 470 semanas y al RAIS en Porvenir S.A., 998 semanas para un total de 1.468 semanas, que tiene ahorrado en su cuenta individual un valor equivalente a \$195.386.895 al 13/02/2019, que el promotor le indicó que el ISS se iba a acabar, que los afiliados iban a perder el dinero de los aportes y que nadie les iba a responder por las contribuciones hechas al sistema, que con Porvenir tendrían mejores garantías y que su mesada pensional sería más alta que con el ISS, no le indicó que era posible regresar nuevamente al ISS si ese era su deseo pero no le informó hasta cuando expiraba esa opción, que no le informó sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir el formulario de afiliación a este fondo privado ni que ello implicaba la disminución de su mesada pensional y que sería mucho menor que la otorgada por el ISS hoy administrado por Colpensiones, que el promotor no le explicó las condiciones y requisitos legales que debía cumplir que debía cumplir en este nuevo régimen, eminentemente de capitalización, que no se le informó por parte de Porvenir S.A., la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas al RAIS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Refiere que no se le indicó sobre la inconveniencia de trasladarse al RAIS en su caso particular, que Porvenir S.A., tampoco le informó que le era más beneficioso en su situación permanecer en Colpensiones y no en Porvenir S.A., haciendo alusión a las normativas y deberes de las administradoras del buen consejo y la verdad, que actualmente tiene en su cuenta menos del 110% que necesita en el RAIS, pues tiene menos de \$200.000.000, por tanto, Porvenir S.A., le ofrece una pensión de garantía mínima; situación que la deja en desventaja a diferencia de la que recibiría en Colpensiones teniéndose en cuenta que la demandante tiene 1.468 semanas y tiene ya más de 57 años, que no ha podido recibir su pensión pese a que ya tiene más de 57 años y más de 1.300 semanas cotizadas, incluso es beneficiaria del régimen de transición pero se ha visto obligada a seguir trabajando, que la decisión de vinculación al RAIS por parte de la demandante no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptarla, que para la fecha de entrada en vigor de la Ley 797/2003, la AFP Porvenir S.A., no le señaló que podía regresar al RPM dentro del año siguiente sin necesidad de acreditar 15 años de servicio.

Por último, expone que en aras de proteger su derecho pensional solicitó el 7 de febrero de 2019, a Colpensiones la nulidad del traslado efectuado por Porvenir S.A., por considerar que le fue viciado el consentimiento por falta de información al momento del traslado, que el 8 de febrero de 2019, Colpensiones niega la petición de traslado, que el 6 de febrero de 2019, radicó petición de nulidad ante Porvenir S.A., por cuanto su consentimiento fue viciado por falta de información clara, oportuna y veraz al momento de suscribir el contrato de afiliación con ellos, solicitando copia de su carpeta administrativa, copia del formulario de afiliación y una proyección pensional, el 13 de febrero de 2019, recibió respuesta de Porvenir S.A., en la que le mencionan que su pensión está dentro del salario mínimo mensual vigente, respetándole el derecho de la pensión de garantía mínima, por lo que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 3, 6, 10, 11, 12, 21, 22, 28 a 33, negó los No. 4 y 5, no ser un hecho los No. 23, 24, 27, 35 y 36 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, e innominada o genérica.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, cuanto a los hechos manifestó no constarle los No. 1 a 7, 28, 29, 30, 35 y 36 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **ALBA NELLY DUQUE CAMELO**, 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., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: Frente cualquier solicitud de derecho pensional que eleve la demandante, Colpensiones deber tener en cuenta que la señora **ALBA NELLY DUQUE CAMELO** es beneficiaria del régimen de transición y por tanto para resolver dicha solicitud pensional deberá aplicar el acuerdo 049 de 1990.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CUARTO: COSTAS a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de la señora **ALBA NELLY DUQUE CAMELO**.

QUINTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, **CONSÚLTESE** con el superior a favor de **COLPENSIONES**.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que se declararía la nulidad del traslado de régimen pensional de la señora Alba Nelly Duque Camelo, su retorno a Colpensiones y la actualización de la historia laboral y por ser la demandante beneficiaria del régimen de transición, al momento en que se resuelva cualquier solicitud de derecho pensional, Colpensiones deberá tener en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición y, por tanto, le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, costas a cargo de Porvenir.

Refirió que la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017, señaló “La existencia de un régimen de nulidades de los actos y contratos en cuyo perfeccionamiento ha concurrido un vicio del consentimiento, se encuentra constitucionalmente ordenada. Defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia de una equivocación (error), una actuación malintencionada (dolo) o una presión indebida (fuerza), impactan negativamente la libertad individual, ya que impiden que el consentimiento se preste de manera auténtica y espontáneamente. La afectación de la libertad en estos casos es evidente si se tiene en cuenta que constituye un presupuesto de la autonomía privada que las personas no solo representen correctamente la realidad, sino que se expresen libremente al momento de celebrar un contrato. Por ello es que las manifestaciones de la voluntad afectadas por un error, por el dolo o la fuerza son, por decirlo de alguna forma, menos libres. Así entonces, los vicios del consentimiento atentan contra la autonomía privada, por cuanto distorsionan o coaccionan el consentimiento, creando una apariencia de realidad que es discordante con la realidad misma del negocio jurídico o, más aún, coaccionando al sujeto a someterse a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad.”



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Igualmente, que era de conocimiento la línea jurisprudencial que se ha venido creando por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008, Rad 31989 hasta las más recientes SL 1421 de 2019, o SL 1688 de 2019, si bien en un comienzo la Corte abordó esta casuística desde la perspectiva de la nulidad, posteriormente varió su criterio al de la ineficacia, indicando que ese despacho había explicado en innumerables ocasiones porque razón se mantiene la tesis de la nulidad, se mantiene en el error de hecho no de derecho y, por tanto, una nulidad saneable siempre y cuando las demandadas, en este caso, los fondos privados puedan demostrar que información se le suministró a la demandante.

En esta línea jurisprudencial la Corte había definido ciertos criterios como lo son que la prescripción no es dable declararla probada, teniendo en cuenta la íntima relación que existe entre esta problemática y el derecho irrenunciable de la seguridad social establecido en el artículo 48 Superior, derecho no sólo irrenunciable sino también digno y que sea coherente a la subsistencia de los ciudadanos que han cotizado con la realidad salarial y ese derecho pensional con el que van a subsistir y van a materializar sus derechos fundamentales en la vejez, pues debe ser congruente con la subsistencia de cada uno de los ciudadanos y más, en este caso, donde se demuestra que actora tiene un hijo, Robinson Cortés, con estado de discapacidad, Síndrome de Down, según resumen de historia clínica aportado, página 24.

La Corte también ha dicho que la carga de la prueba la ostenta efectivamente los fondos privados, y si bien podría en principio considerarse que hubo una inversión de la carga de la prueba, en el fondo no existe ninguna inversión de la carga de la prueba; desde el Decreto 720 de 1994, en su artículo 12 se señala que las administradoras de pensiones deben suministrar amplia, oportuna y suficiente información a los afiliados, es decir, le impone la carga de un deber de información cualificado a las administradoras no a los afiliados desde 1994, y en este caso la señora Alba se trasladó en junio de 1999, a más de 5 años tenía de vigencia este decreto, semejante deber de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información cualificado lo dejaron las administradoras de fondos de pensiones a una simple asesoría verbal y a la firma de un formato de afiliación, que solamente incluye unos datos personales, nada más. Las administradoras tienen que venir desde 1994, debieron haber configurado un acervo probatorio para demostrar cuál fue la información que se le suministró, es que la información de los formatos de afiliación es básica de las personas y beneficiarios pero que se encuentre en un formato de afiliación el deber cualifico amplio, oportuno y suficiente evidentemente no lo hay, y si dejaron eso a una asesoría meramente verbal pues tendrán que asumir la carga y las consecuencias de no poder demostrar que información se le brindó.

Tercero, que los formatos de afiliación no son prueba del consentimiento informado, simplemente es una prueba a lo mucho de un consentimiento, que no es necesario que la persona se encuentre en una situación particular de ser beneficiaria del régimen de transición, aunque en este caso particular la señora Alba nació el 23 de mayo de 1957, efectivamente al 1 de abril de 1994, fecha en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, tenía más de 35 años de edad, lo que quiere decir que era beneficiaria del régimen de transición por edad y no fue afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005, porque para julio de 2005, tenía más de 750 semanas, lo que quiere decir que extendió su régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, y al 31 de diciembre de 2014, ya había cumplido los 55 años de edad porque los cumplió en el 2012, y ya tenía más de 1.256 semanas para el 2014, ya tenía las 1.000 semanas que exigía el Acuerdo 049, es decir, ya debería haber estado pensionada desde el año 2012, y cuidando de su hijo; no está pensionada, no está descansando desde el año 2012, y no está dedicada al cuidado de su hijo por la falta de información que no le brindó Porvenir, pudiendo hacerlo también antes de entrar la Ley 797 de 2003, antes de la entrada en vigencia las personas podían trasladarse de régimen pensional cada 3 años, pudiendo Porvenir haberle advertido de esta situación a la afiliada Alba antes de que cumpliera los 47 años de edad e ingresara a la prohibición legal en 2004, no lo hizo porque no aparece ninguna prueba en la que le haya indicado a la señora Alba que podría retornar al RPM.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Indicó que aplicaría la tesis del error de hecho del 1511 del Código Civil, no error de derecho porque los que acompañan la teoría del error de derecho olvidan que la esencia de este negocio jurídico es la volatilidad del mercado, depende totalmente la pensión de un ciudadano de lo que suceda con el mercado; semejante situación de que un derecho pensional de un ciudadano de cualquier país del mundo dependa del mercado, es una aberración grandísima. Por ello, dado que la esencia jurídica de este negocio jurídico es el mercado, no es una norma jurídica, evidentemente no se está frente a un error de derecho.

Por lo anteriormente expuesto, declaró la nulidad de traslado de régimen pensional, el retorno de la señora Alba al RPM y señaló que Colpensiones debía tener en cuenta efectivamente el régimen de transición para reconocer cualquier derecho pensional de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** recurrió indicando que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, esta misma norma limitó el derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para quienes se les conservó el derecho a regresar al RPM en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición.

Esta limitación se justificaba en las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, el artículo 48 de la Constitución Política y, por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y el Acto Legislativo 01 de 2005, que busca proteger tal principio.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por lo anterior, si bien es cierto la demandante al 1 de abril de 1994, contaba con 35 años de edad, lo cierto es que no procede su traslado en cualquier tiempo como lo manifiestan las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU-130 de 2013, al indicar que la única condición prevista que no exige un límite de tiempo a efectos de solicitar el traslado es que el afiliado acredite que es beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1 de abril de 1994, no se tenía una expectativa pensional y no se afectó ningún derecho adquirido.

Señaló que la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias han indicado que la declaración de la nulidad de la afiliación por falta de cumplir con el deber de información opera para las personas beneficiarias del régimen de transición pensional, consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, situación que como se mencionó con anterioridad no se presenta pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sólo contaba con aproximadamente 300 semanas, lo cual equivalen a menos de 15 años de cotizaciones, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo de conformidad con la jurisprudencia antes citada.

Además la demandante solicitó traslado al RPM administrado por Colpensiones en febrero del año 2019, y para aquella data contaba con 61 años de edad y al no contar con los 15 años de cotizaciones al 1 de abril como ya se indicó, no quedaría otra alternativa sino la de concluir que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente por parte de Colpensiones tener como afiliada a la demandante en el RPM salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Así mismo, y en virtud del equilibrio financiero debía tenerse en cuenta que la sentencia SU-062 de 2010, en relación al estudio de rentabilidad por medio de la cual se establece que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que desea trasladarse del RAIS al RPM y que le falten menos de 10 años para pensionarse cumpla con el requisito de ahorro realizado; en el primero, no debe ser inferior al total del aporte legal correspondiente en caso



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de que hubiese permanecido en el RPM y así poder establecer si procede el traslado de régimen medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad financiera consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la obligación del fondo para el momento del traslado sólo era la de brindar información y sería el afiliado quien determinaría a que fondo realizar sus aportes a pensión, por lo que resultaría desmedido exigir al fondo que hubiese realizado una proyección pensional o imponer un deber de asesoría y buen consejo cuando no se había impuesto esta exigencia.; por lo tanto, no era razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones o soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente a momento del traslado pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso no consiste sólo en las posibilidades de defensa o la oportunidad para interponer recursos sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Carta Política el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Por último, es de tener en cuenta el principio de relatividad jurídica toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró la actora y el fondo privado y, por lo tanto, los actos jurídicos en principio tienen un efecto inter partes, por lo cual independiente de la decisión adoptada Colpensiones no puede verse favorecida ni perjudicada con la decisión aquí adoptada.

La demandada **Porvenir S.A.**, refirió que en el proceso, o se alegó ningún tipo de vicio de consentimiento como lo es error, fuerza o dolo, que el Código Civil establece que para que exista algún tipo de nulidad debe existir error en la calidad del objeto, adicional a ello debe existir fuerza y algún tipo de dolo. Sin embargo, ninguna de estas pautas fue probada o demostrada para que el fallador de primera instancia pueda declarar una nulidad.

Además de ello, el artículo 1509 también sobre la nulidad, habla que debe existir un error en la naturaleza del acto o negocio jurídico sobre la identidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del objeto o la calidad del mismo y un error en la persona, verificado dentro del proceso la demandante al momento de suscribir ese formulario de afiliación era una persona totalmente capaz, con plena validez legal que conocía las implicaciones de su decisión como quedó plasmado dentro del formulario de afiliación. Por tanto, no puede indicar 20 años después que fue engañada cuando durante por más de estos 20 años permitió los descuentos con destino al fondo privado Porvenir y nunca generó ningún tipo de reclamo por falta de información.

El fallador de primera instancia indicó que Porvenir no cumplió con ese deber de información que existe desde el momento en que inician los fondos privados y que el Estatuto Financiero aplica esa distinción y ese deber de información que se tiene en cuanto al fondo privado y sus afiliados pero no se puede traer al asesor que hace más de 20 años generó esa afiliación, tampoco se puede fabricar una prueba como lo hacen los muchos demandantes, que lo único que deben hacer son negaciones indefinidas en su demanda y confirmarlas dentro de su interrogatorio de parte, el fallador de primera instancia no indica cuál es la prueba que se les exige a las administradoras, en este caso, a Porvenir para demostrar que se brindó una información totalmente completa a la aquí demandante puesto que se puede ver como la demandante dentro de su interrogatorio de parte indicó claras características del RAIS, como el hecho de que sus cotizaciones podían ser heredadas a sus beneficiarios, como que podía generar rendimientos financieros dentro de su dinero ahorrado y también manifestó que podía pensionarse antes de tiempo; todas esas características son principales del RAIS. Sin embargo, la demandante no recordó ningún tipo de información adicional como quedó claro dentro del interrogatorio de parte que ella no recordaba ninguna otra información que se le hubiera brindado por los asesores y esto no significa que no se le haya brindado una información totalmente completa y clara sino que ella, por su parte, no la recuerda.

Es importante denotar que el fallador de primera instancia indica que este deber de información siempre ha existido, Porvenir nunca ha negado que ha existido ese deber de información, habla de la carga de la prueba porque se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

le impone un deber inexistente para la época del traslado como es demostrar de manera documental o que la demandante genere una confesión exacta sobre todo el RAIS y el RPM, también que el formulario por sí sólo carece de certeza para indicar que efectivamente se le brindó esa información. Sin embargo, no sólo existe el formulario de afiliación también el hecho de que la demandante nunca se haya quejado de este régimen, que haya tenido la oportunidad eventual de retornar a Colpensiones sin haberlo hecho y el hecho de que haya recibido sus extractos, el hecho de que conociera la información que le brindó el asesor y que nunca haya negado ese descuento que se le hace mes a mes por el fondo privado.

La demandante aunque contaba efectivamente con 37 años para ser beneficiaria del régimen de transición para el año de 1994, ella lo perdió voluntariamente al firmar el formulario de afiliación y aceptar su traslado en el año de 1999, como lo ha indicado la ley y en su artículo 36 inciso 4 que pierde ese régimen de transición si voluntariamente se vincula al RAIS como sucede en este caso.

Es importante aclarar que la gestión de Porvenir es administrar, no es obtener ningún tipo de resultado en cuanto a la mesada pensional, es decir, que es una gestión de medios y no de resultados; no podemos indicar que para el año de 1999, Porvenir hubiere podido informar si el valor de la mesada pensional en uno u otro régimen iba a ser superior debido a que esto dependía de varias circunstancias, como el hecho de que la demandante haya tenido más beneficiarios, que haya estado cesante en algún momento de su historia laboral y en cuanto a los cambios normativos que no los hace Porvenir como lo indicó el fallador de primera instancia, manifestó que no sabe en qué momento se le ocurrió al legislador unir la pensión con el mercado y esto es un tema que es ajeno a Porvenir, acerca de las disposiciones legales y acerca de los montos pensionales en cuanto a uno y otro régimen.

Refiere que no es el momento procesal oportuno para generar o atacar las costas que impuso el fallador de primera instancia a Porvenir. Sin embargo,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

aunque se mencionó el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, por el cual se establece las tarifas de agencias en derecho, indicando efectivamente que puede ser de 1 a 10 salarios mínimos, en forma respetuosa es importante indicar que ese monto no tuvo en consideración la naturaleza o la calidad del proceso, como la gestión que generó el apoderado de la parte demandante ya que no se evidencia cual fue ese largo monto que puede o de esos 8 salarios mínimos que realmente influyan a Porvenir y que la perjudican, debido a que el demandante lo único que debe hacer son negaciones indefinidas como se mencionó en su demanda y, por tanto, no procede este valor exorbitante en condena impuesto por el fallador de primera instancia. Solicita revocar la sentencia en cita y absolver a Porvenir de cada una de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora ALBA NELLY DUQUE CAMELO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 30 de junio de 1999, a través de Porvenir S.A., como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

En este orden y contrario a lo manifestado por el Juez de primer grado, el asunto bajo estudio, no se estudia bajo la óptica de la nulidad sino de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; entre muchas otras proferidas en estos asuntos que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por la recurrente Porvenir S.A., también en alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Alba Nelly Duque, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera; y en interrogatorio de parte vertido por esta, señaló que le pusieron de presente cuestiones eminentemente beneficiosas del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RAIS, sin señalarle en ningún momento desventaja alguna de este régimen, además de indicarle un hecho incierto como que el ISS, se iba a acabar, no siendo de su resorte investigar la veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a la señora Alba Duque, quedando así demostrado que la demandada Porvenir S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por las recurrentes, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Alba Nelly Duque, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió y si bien como acertadamente lo afirma Colpensiones, para la época del traslado de la actora, no existía el deber del buen consejo ni tampoco el de elaborar proyecciones pensionales, sí se debía informar a esta de los pormenores de su traslado en los términos antes citados, no obstante, ninguna prueba se allegó al efecto; deber que no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la actora toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Porvenir S.A., la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a ella como afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas, aunado a ello, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

De otra parte, en cuanto a la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que la demandante interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

De igual forma, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones para que esta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

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

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió, a más de lo anterior y como lo señaló la decisión de instancia, la actora sí era beneficiaria del régimen de transición, circunstancia de vital importancia que tampoco se le puso de presente al momento de su traslado.

En cuanto a lo dicho por la actora en diligencia de interrogatorio de parte, se tiene que contrario a lo indicado por la AFP recurrente, ninguno de sus dichos constituye confesión máxime cuando únicamente refirió que al momento de su traslado se le pusieron de presente beneficios del RAIS y no las inconveniencias de su traslado ni las desventajas de dicho régimen.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

En grado de consulta a favor de Colpensiones se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de Porvenir S.A., los que deben ser objeto de dicho traslado contrario a lo señalado por esta AFP en alegaciones, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Por lo señalado en precedencia, se **modificará** el numeral PRIMERO de la sentencia en el sentido de declarar la **ineficacia** del traslado pensional realizado por la demandante al RAIS.

Igualmente, se **modificará** el numeral SEGUNDO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los gastos de administración, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone declarar la **ineficacia** del traslado pensional, conforme lo expuesto.

Ahora, en cuanto al argumento de Porvenir S.A., respecto de la cuantía de las costas procesales a ella impuesta, como bien lo pone de presente esta misma administradora, este no es el momento procesal para reprochar dicha cuantía.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de sentencia recurrida en el sentido de declarar la **ineficacia** del traslado pensional allí descrito realizado por el demandante al RAIS, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900275-01 Dte.: ALBA NELLY DUQUE CAMELO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

lo descontado por concepto de **gastos de administración**, durante la vigencia de la afiliación del demandante al RAIS.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2021-00321-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARLENE DEHAQUIZ MORENO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituta se reconoce personería a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.129.580.577 y tarjeta profesional No. 219.992 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR y del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora MARLENE DEHAQUIZ MORENO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de su vinculación al RAIS a la AFP PROVENIR. Como consecuencia, se ordene su traslado al RPMPD; se CONDENE a la AFP PORVENIR el traslado de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuanta pensional de la demandante, los cobros y gastos de administración que han sido descontados, junto con los rendimientos financieros; CONDENAR a COLPENSIONES que acepte a la demandante en el sistema del RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que prestó sus servicios como empleada de varias empresas privadas y entidades públicas desde el 23 de octubre de 1992; que se trasladó a la AFP Porvenir; que no le brindaron al momento del traslado la información necesaria; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 4, 15, 23 y 24; manifestó no constarle el 1, 2, 13, 14, 21 y 22 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 2, 15, 21 y 22; negó el 13 y 14 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del



Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARLENE DEHAQUIZ MORENO el 14 de septiembre de 1999 al régimen de ahorro individual, con fecha de efectividad a partir del 1° de noviembre de la misma anualidad, por intermedio de PORVENIR S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARLENE DEHAQUIZ MORENO. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la CSJ quien señala cuál es la información que debe suministrarse para entender que la decisión de trasladarse se hizo de manera libre y voluntaria. Que la carga probatoria está en cabeza de la AFP Porvenir. Que no bastaba con la firma del formulario de afiliación. Que no se demostró haber brindado la información necesaria, por lo que procede la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien es cierto existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de traslado por omisión en el deber de información, no obstante, la Corte ha aclarado que esa línea jurisprudencial sólo es aplicable ante la similitud de situaciones fácticas lo cual no ocurre en el presente caso, como quiera que la demandante se afilió de manera válida, libre y voluntaria. Que los términos tan rigurosos por los que hoy se reprocha al fondo solo fueron impuestos posteriormente y toda condena lo que hace es desconocer el principio de irretroactividad de la ley y la seguridad jurídica. Que no existen razones de hecho, ni derecho para declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la decisión de la demandante se tomó de manera válida, libre y voluntaria sin ningún tipo de presión. Que la demandante si recibió información clara y completa sobre el RAIS y suscribió un formulario en los términos de ley. Que la demandante al tomar una actitud pasiva válido la gestión de la AFP privada frente a su derecho pensional. Que no actuó con el mínimo de diligencia que se le pide a los afiliados, pretendiendo desconocer con estos procesos sus propios actos. Que la demandante tenía la posibilidad de ampliar la información por sus propios recursos al momento de la afiliación y durante todo el tiempo que estuvo afiliada, a través de los diferentes medios de comunicación que tiene la AFP. Que la consecuencia jurídica de la ineficacia es hacer que el negocio nunca se celebró luego los frutos de la gestión tampoco tendrían porque generarse. Que en caso de declararse la ineficacia deben reconocerse las restituciones mutuas; que existió una agencia oficiosa involuntaria por lo que la AFP Porvenir sólo debería estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que hubiesen tenido esos aportes en caso de haber sido



inicialmente administrados por esa entidad. En cuanto a la devolución de los gastos de administración se insiste son gastos que no están llamados a financiar la pensión de vejez y son sumas que tienen una destinación específica por ley que fue cumplida por dicha entidad durante la permanencia de la demandante en el RAIS; son dineros que ya no están en su poder; que las sumas descontadas por concepto de seguros previsionales tampoco están en su poder, porque fueron entregados a terceros a las aseguradoras que se contratan a lo largo de la afiliación de la demandante para cubrir los riesgos de IVM, por lo que son sumas que cumplieron la destinación de la Ley, por lo que materialmente tampoco es posible su devolución. Señala que no es posible condenar a Porvenir a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, pues se está condenando a la devolución de unos rendimientos financieros, los cuales son ostensiblemente superiores a las condenas, por lo que con ellos se puede cubrir el reconocimiento pensional sin ningún tipo de dificultad. Finalmente, respecto a las agencias en derecho que desestimarse la ineficacia deberá desestimarse la condena en costas, la cual considera es desproporcionado.

Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante hizo su traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones; que en este caso en particular la parte afectada es Colpensiones teniendo en cuenta lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio para el año 1999, por lo que han transcurrido más de dos décadas a la fecha, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon el traslado, pues para esa fecha no era obligatorio dejar un registro del mismo. Que aunque el precedente de la CSJ utiliza la omisión en el deber de información basándose en el Decreto 693 de 1993, sin embargo esto sólo se materializó en el 2014. Que la demandante suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado con Porvenir. Solicite se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a la devolución de las sumas por parte de la AFP Porvenir. Que no se le condene en costas pues no participo en el traslado y es un tercero ajeno al mismo.

CONSIDERACIONES



A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Marlene Dehaquiz Moreno, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1999 siendo éste fondo en el que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin



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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Marlene Dehaquiz Moreno, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro



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

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

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

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



de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

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

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

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar.

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

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se



puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP Porvenir ni con el transcurso del tiempo, ni con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

De igual manera, si bien al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es, que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados.

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración y seguros previsionales, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como



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

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

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

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



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

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

En cuanto al argumento de Porvenir respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP. Y en cuanto al dicho de la apoderada de la demandada Porvenir en el que indica que no está de acuerdo con el monto fijado como agencias en derecho por resultarle excesivo, se le recuerda que este no es el momento procesal oportuno para atacar dicho punto, como quiera que de conformidad con numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso, el monto de las agencias en derecho solo puede controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

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

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la apoderada de Colpensiones de que se condicione la sentencia, pues sólo puede dar cumplimiento a ella una vez le trasladan los dineros ordenados, no hay lugar a realizar ninguna precisión, pues es claro que dicha entidad deberá activar la afiliación y actualizar la historia laboral de la demandante una vez la AFP privada de cumplimiento a la sentencia, como quiera que para el cumplimiento de la



sentencia deberán adelantarse todos los trámites administrativos necesarios. **Sin costas** en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2021-00191-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NURY STELLA CASTRO GERARDINO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.** representada legalmente por la Dra. **MARÍA CAMILA RIOS OLIVEROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.391 y tarjeta profesional No. 272.749 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. NICOLE JULIANA LÓPEZ CASTAÑO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.016.007.216 tarjeta profesional No 266.914 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y Porvenir y del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de agosto del 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora NURY STELLA CASTRO GERARDINO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado de régimen que efectuó del RPMPD al RAIS y por tanto, se declare la nulidad de la afiliación realizada en agosto de 1995 ante la omisión del deber de información. Como consecuencia, SE ORDENE el regreso automático al RPMPD; se CONDENE a la AFP PORVENIR a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con todos los rendimientos que se hubieren causado; se CONDENE a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 19 de abril de 1964; que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 30 de julio de 1992 al mes de agosto de 1995, mes Enel cual se trasladó al RAIS a la AFP Porvenir; que al momento del traslado no fue asesorada o informada por este fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y suficiente; que en diciembre de 1997 se trasladó a la AFP Colfondos sin recibir ninguna asesoría; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1; negó el 2; dijo que el 18 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 11, 22 y 23; manifestó no constarle el 2, 3, 4, 5, 20 y 24 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.

Finalmente, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1; manifestó no constarle el 2, 6, 20, 21, 22, 23 y 24 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de traslado que efectuó la demandante señora NURY STELLA CASTRO GERARDINO del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el día 25 de mayo de 1994; en consecuencia, **DECLARA**



válida su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración, de conformidad con la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores cobrados por concepto de gastos de administración en el periodo de su vigencia de la vinculación de la demandante, de conformidad con la parte motiva de la decisión.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas

QUINTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV

SEXTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el fondo de pensiones PORVENIR no demostró haber brindado la información a la demandante al momento del traslado y que la declaratoria de ineficacia es imprescriptible por lo que declara la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones impugnó la decisión argumentando que no es posible darle el alcance que la jurisprudencia le ha dado al deber de información, pues para el año 1995 fecha en que se efectuó el traslado el único requisito que se exigía era la suscripción del formulario de afiliación, el cual fue suscrito. Que la información que señala la demandante que no fue brindada al momento del traslado se encuentra contenida en la ley 100 de 1993 por lo que no puede alegar la ignorancia como excusa. Que no se demostró vicio del consentimiento. Que la inconformidad de la demandante en el RAIS gira entorno al monto que recibiría como mesada pensional, situación que se



encuentra definida en la Ley 100 de 1993 y en los Decretos reglamentarios, lo cual no obedece a un capricho de las administradoras y lo cual no puede generar una ineficacia de traslado. Que también debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera. Solicita se confirme la absolución de costas.

Por su parte, la **AFP Porvenir** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien existe una línea jurisprudencial de la CSJ también ha indicado que no puede ser aplicado de forma homogénea; que el traslado se realizó de manera voluntaria, libre y consciente, además de que la demandante recibió la debida asesoría por los promotores de dicha entidad; que se le dio cumplimiento a la normatividad que se encontraba vigente para el momento en que se dio traslado en el año 1994; que los asesores tienen parentesco con la demandante, por lo que es extraño que diga que no recibió una asesoría al momento del traslado; que el deber de información ha venido siendo más exigente a través de los años; que no puede decirse que la firma del formulario no sea un medio probatorio suficiente para probar el consentimiento informado; que la demandante debió haber indagado por su cuenta las consecuencias del traslado; que contó con múltiples oportunidades para regresar al RPMPD; que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues su debida gestión originó los rendimientos; que la ley 100 de 1993 autorizó dicho descuento; de aceptarse el traslado se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones; que no resulta procedente devolverlos conforme al Decreto 3995.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Nury Stella Castro Gerardino, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1994 y la AFP Colfondos en el año 1997, siendo ésta última entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.



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

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

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



la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Nury Stella Castro Gerardino, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c)



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

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

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

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



De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron era que era necesario afiliarse a un fondo y que el ISS se iba acabar.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos. Siendo claro que el hecho de que los asesores del fondo privado fueran familiares de la demandante no exonera del deber de información que se tenía.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no la demandante, lo que no



ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

Siendo necesario reiterar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él. No siendo posible aplicar el Decreto 3995 del 2008 como lo pretende el recurrente, pues no nos encontramos frente a un traslado de régimen, sino ante la ineficacia del mismo cuyas consecuencias han sido abordadas por la CSJ como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria. Adicionalmente, el hecho de que la información que debía brindar la AFP se encuentre contenida en la Ley 100 de 1993 esto no exonere a las AFP de brindar la asesoría necesaria al momento en que se efectúe el traslado de régimen.



No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

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

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

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

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



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

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

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

R E S U E L V E:

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



SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 27-2021-00130-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ZANDRA VICTORIA CAMELO BELTRÁN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado jurisdiccional de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de noviembre del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ZANDRA VICTORIA CAMELO BELTRÁN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS a la AFP Colfondos, ante la omisión en el deber de información; se DECLARE para todos los efectos jurídicos que la parte actora siempre ha permanecido al RPMPD administrado



por Colpensiones y advirtiéndole que no existió solución de continuidad, pues el traslado a Colfondos no puede producir ningún efecto jurídico; se ORDENE a la AFP COLFONDOS la devolución a COLPENSIONES de 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 de las administradoras; se ORDENE a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante y actualizar la historia laboral de la demandante; se CONDENE a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez a favor de la demandante por haber cumplido los requisitos de ley; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 03 de abril de 1960, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 60 años de edad; que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones; que en marzo del 2001 firmó formulario para trasladarse a la AFP Colfondos, que su traslado se efectuó sin haber recibido la información necesaria; que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Colfondos y que cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1 y 16; manifestó no constarle el 2 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.



Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1 y 2 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden Público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ZANDRA VICTORIA CAMELO BELTRAN del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ZANDRA VICTORIA CAMELO BELTRAN, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora ZANDRA VICTORIA CAMELO BELTRAN al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, formuladas por COLPENSIONES y las de



inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción, 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., ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago, formuladas por COLFONDOS S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio jurisprudencial de la CSJ; que no se probó en el presente proceso que se le haya brindado la información necesaria a la demandante al momento del traslado y que no bastaba con la firma del formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones impugnó la decisión argumentando que la declaratoria de ineficacia del traslado conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de Colpensiones, porque si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial de la CSJ, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular; que la demandante no puede estar exonerada de su deber de asesorarse al momento del traslado de régimen pensional; que la demandante no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional es claro que fue negligente; que tampoco utilizó los mecanismos legales para dejar sin efecto su afiliación al RAIS como son el retracto y la rescisión; que se debe tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional C 242 del 2009 respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional; que debe primar el interés general sobre el particular; que con la declaratoria de ineficacia se está afectando el patrimonio público; se debe tener en cuenta la sentencia C 1024-2004 y SU 062-2010.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Zandra Victoria Camelo Beltrán, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS en el año 2002, siendo ésta entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento



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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Zandra Victoria Camelo Beltrán, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Colfondos.

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

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

En ese orden, concluyó que:



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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en



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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 2002, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron era que el ISS se iba acabar y perdería sus aportes.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP COLFONDOS con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ



la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

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

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento. Tampoco puede alegar que se tengan en cuenta las sentencias SU 062-2010



o C 1024-2004 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino frente a la ineficacia del mismo.

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

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

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

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

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización



del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

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

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 15-2021-00290-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JESÚS ELIAS CANCHON BRASBI
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES representada legalmente por la Dra. **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.227.003 y tarjeta profesional No. 214.303 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. LIZETH DANIELA LOZANO ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.117.486.822 tarjeta profesional No 376.971 del C.S de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y, del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de septiembre del 2022.

ALEGACIONES



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

ANTECEDENTES

El señor JESÚS ELIAS CANCHON BRASBI por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación que realizó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN antes AFP Santander por el incumplimiento de los deberes legales de información al demandante, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento; que se DECLARE que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP PROTECCIÓN que registre en el sistema de información que la afiliación al RAIS del demandante estuvo viciada de nulidad por error de hecho; que se CONDENE a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos a que hubiere lugar; se CONDENE a COLPENSIONES a activar la afiliación en pensión del demandante y actualizar su historia laboral, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 24 de julio de 1955; que empezó a cotizar para su pensión al RPMPD desde el 06 de octubre de 1980; que el 02 de octubre del 2000 se vinculó a la Gobernación de Cundinamarca; que al momento de la vinculación fue afiliado a la AFP Santander hoy Protección, sin recibir una asesoría especializada, pues únicamente le señalaron que si no se afiliaba no podría vincularse a la entidad; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 8, 15, 16, 27 y 28 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 24, 25 y 26; negó el 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 3, 30, 31 y 32; dijo que el 22 era parcialmente cierto y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por el señor **JESÚS ELÍAS CANCHON BRASBI** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 8 de noviembre del año 2002 a través de la **AFP SANTANDER** hoy representada por **PROTECCIÓN S.A.** y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicha **AFP PROTECCIÓN** trasladar las sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante correspondiente a aportes, rendimientos y bono pensional a la administradora del régimen de prima media, a esta que reciba dichos recursos, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia conforme se expuso en la parte motiva.



SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la CSJ ha señalado que siempre ha existido el deber de información por parte de las AFP; que no es suficiente con el formulario de afiliación, pues éste prueba el consentimiento, pero no que fue informado; que la AFP Protección no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado; que no se sana la falta de información por el transcurso del tiempo. Que no se debe ordenar la devolución de las sumas descontadas a título de gastos de administración, pues es un descuento que se realiza en ambos regímenes.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación en cuanto a que no se trasladó la totalidad de la cotización, pues conforme las sentencias de la CSJ la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto, debiendo los fondos privados trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados junto con los rendimientos financieros, con la devolución de los gastos de administración a cargo de sus propias utilidades, pues al ser el acto ineficaz estos recursos debieron ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor **Jesús Elías Canchon Brasbi**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN en el año 2000.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual



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

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

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



de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Jesús Elías Canchon Brasbi se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada SANTANDER hoy PROTECCION S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Santander hoy Protección.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP Santander hoy Protección, es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este



caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no recibió ninguna asesoría.

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

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

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso



concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

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

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

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

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral primero de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de las sumas descontadas a título de gastos de administración por la AFP SANTANDER hoy PROTECCION, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes y rendimientos.



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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 9-2020-111-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: LEONIDAS ARMANDO ACERO DUARTE

DEMANDADO: WVR INGENIERIA SAS

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferido por la Juez 2 Laboral transitorio del Circuito de Bogotá, (Proceso remitido por el juzgado 9 laboral del circuito de Bogotá); el día primero (1) de junio de dos mil veintidós, (2022) por medio del cual resolvió:

“PRIMERO: *Declarar que la relación laboral surtida entre Leónidas Armando acero Duarte y la sociedad demandada WVR ingeniería SAS, fue terminada sin justa causa por parte del empleador el 15/02/2019, sin embargo, para esa época no ostentaba el actor la calidad de aforado por estado de salud y por tanto, no gozaba de la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de discapacidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

SEGUNDO: *CONDENAR a la demandada WVR ingeniería, a reconocer y pagar en favor de Leónidas Armando Acero Duarte la suma de \$438.901, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.*

TERCERO: *ABSOLVER a la demandada WVR ingeniera ingeniería SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante. (...)*

HECHOS

El señor **LEONIDAS ARMANDO ACERO DUARTE** a través de apoderado instauró demanda en contra de **WVR INGENIERIA SAS**, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que el demandante es sujeto de especial protección constitucional y goza de estabilidad laboral reforzada, y que fue despedido sin justa causa, En consecuencia, solicita de manera principal reintegro y pagos de allí derivados y en forma subsidiaria indemnización por despido injusto, contemplada en el artículo 64 del C S T, extra y ultra petita y costas. (Expediente Digital).

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma el demandante que: prestó servicios a la demandada, que el 25 de octubre de 2018 tuvo un accidente de trabajo en el desempeño de su labor de conductor en el municipio de Mosquera- Cundinamarca, que solo le dieron dos días de incapacidad, que desde ese día ha tenido problemas de salud, secuelas y dificultades médicas, que a la fecha de presentación de la demanda se encuentra en tratamiento, que fue despedido el 15 de febrero de 2019, pese a que está en control y citas médicas y con la posibilidad de tener una cirugía de cabeza y que sufre problemas de sus extremidades superiores; que interpuso tutela la cual le fue desfavorable. (Expediente Digitalizado).

La demandada **WVR INGENIERIA SAS** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, afirmando que a la finalización del contrato no existía limitación alguna para el demandante que le impidiera realizar su labor y en general no tenía fuero de salud. En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato y el accidente de trabajo el cual atribuyó a actos inseguros del actor; negó los demás aceptando únicamente y adicionalmente que se interpuso una tutela la cual fue negada. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación por no existir fuero de salud, prescripción, compensación, compensación, improcedencia de sanción moratoria, (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia la juez 2 transitoria tomó la decisión que hoy estudia la Sala afirmando en síntesis lo siguiente: “ ... *En relación con el contrato de trabajo, tenemos que no existe controversia en la existencia del vínculo laboral que ató a las partes, pues de conformidad con las pruebas documentales obrantes en el plenario, dicha relación estuvo regida por un contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada suscrita el 09/09/2017, desempeñando el demandante el cargo de conductor y cuyo salario pactado fue la suma de \$740.000 para dicha época y así se verifica en las páginas 1 y 2 del archivo 2 de la subcarpeta 1 del expediente electrónico. Teniendo en cuenta lo deprecado en esta litis y los hechos sustentos de la demanda, se tiene que la finalización del contrato de trabajo se dio el 15/02/2019, por lo que se debe tener en cuenta al respecto que para el empleador, es decir, la sociedad aquí demandada, dio por finalizado dicho vínculo con ocasión a la terminación de la obra basado en la finalización del contrato de obra número 01, cuyo objeto, de conformidad con lo indicado en la Carta del 14/02/2019, esta está visible en la página 24, archivo 8 del expediente digital era la excavación e instalación de prefabricados o rellenos y MO vía Eje 2 del proyecto Nova Terra celebrado aparentemente entre la accionada y la constructora capital Bogotá SAS.*

En virtud de lo expuesto para el despacho, entonces no existe duda respecto de la relación laboral, los extremos temporales, la modalidad del cargo para el cual fue contratado el demandante, pues de ello da cuenta el material probatorio aquí relacionado, así como las manifestaciones elevadas tanto por la parte demandante como por la pasiva en sus escritos de demanda y contestación. En relación con la relación laboral y la condición de disminuido o en situación en discapacidad del demandante, sea lo primero precisar que hay que determinar inicialmente si el demandante a la fecha de la finalización del vínculo laboral era o no sujeto de la estabilidad laboral reforzada conforme la especial protección consagrada en la Ley

361 de 1997 y determinar también si hay lugar al reintegro y las consecuencias de las demás pretensiones deprecadas por la parte actora; procede entonces el despacho a indicar que respecto al tema en cuestión, la norma aplicable y vigente para el momento de la terminación del contrato de trabajo es el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el artículo 37 del Decreto 016 de 2012, recordemos que la sentencia 485 del año 2015 la condicionó, en el entendido de que debía reemplazarse la palabra limitado por la expresión discapacidad o en situación de discapacidad y a su vez, se tiene entonces como presente normativo la Constitución en sus artículos 13, 25, 47, 48 y 53, por otra parte, se acude al presente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en sentencia C 531 del año 2000, por medio de la cual se realizó una interpretación de la norma en cita, en donde puso el alcance y el efecto de la misma, así pues, al respecto, sostiene que la legislación que favorezca a los discapacitados no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, lo cual permite sostener que solo en el escenario que se demuestre que, en efecto, la causa motivante del despido se da en atención de la condición de discapacidad plenamente demostrada, la terminación de la relación laboral se traduce entonces en una vulneración efectiva del derecho a la estabilidad laboral dispuesta en el artículo 53 de la CP.

A su vez, también resulta importante traer a colación la sentencia SL 1708 de 2021 de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se dispuso que para hacer destinatario de la garantía de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los trabajadores deben tener una condición de discapacidad o limitación en grado moderado, severo o profundo, sin que se requiera que la misma esté previamente calificada, ni que se identifique con un carné, como lo regula el artículo 5 de la misma ley, sino que deben padecer una discapacidad en un grado significativo debidamente conocido por el empleador, advirtiendo que por regla general si existe libertad probatoria para acreditar la condición que genera la protección; aunado a lo anterior, es menester tener en cuenta que el artículo 26 de la ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de pleno derecho que permita concluir que a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador, que el despido se dio con ocasión a un trato discriminatorio tal como lo ha establecido el criterio planteado por la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL 1360 del año 2018, por tanto, las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas para dar por terminada la relación de trabajo, por lo que, si se invoca una justa causa legal para la terminación, ello descarta en principio que la disolución del vínculo laboral tenga como fundamento la discapacidad del trabajador y en ese caso, no resulta obligatorio acudir al inspector de trabajo o se debilita la presunción discriminatoria por una razón objetiva. Así las cosas, corresponde a esta instancia verificar si hubo una mengua en la salud del demandante que lo ubique en una limitación en los términos antes descritos, seguidamente se verificará si esta condición era conocida por el empleador y de demostrarse ello, se establecerá si estamos frente a un trato discriminatorio o no para con el trabajador que de forma contundente lo haga merecedor del derecho de la estabilidad laboral reforzada deprecada conforme las razones que exponga la accionada para justificar la decisión de dar por terminada la relación de trabajo. Así pues, se tiene claridad que, en efecto, Leónidas sufrió un accidente de trabajo el 25/10/2018, el cual conforme el documento denominado informe de accidente de trabajo ocurrió dentro de la jornada laboral normal, en cumplimiento de sus labores habituales, como da cuenta la página 4 y 5, del archivo 2 y la página 19 del archivo 8 de las subcarpeta 01; asimismo, a partir de dicho, documento se evidencian las circunstancias en que ocurrió el accidente en las cuales se precisaron en que el señor Acero se encontraba recogiendo material B 200 en la cantera pencial y se dirigía para el proyecto Torre la Vega, por lo que se encontraba realizando el Carpado de la Volqueta a nivel de suelo con el sistema mecánico de la Volqueta; sin embargo, el actor, de manera irresponsable, insegura, voluntaria y sin autorización, decidió subirse sobre el volcó a carpar argumentando que se había enredado la carpa, lo que ocasionó que resbalara lastimándose la cabeza; ahora bien, de la historia clínica allegada por la parte

actora, se evidencia que el día del accidente de trabajo fue remitido a la Clínica María Auxiliadora Mosquera, para efectos de ser valorado, no obstante, de la misma no se logra observar las determinaciones o conclusiones médicas relacionadas con el estado de salud del actor el día del accidente, solamente se aportó constancia de la incapacidad otorgada por 2 días, así como de los medicamentos prescritos, tales como diclofenaco y naproxeno para tratar la cefalea presentada como diagnóstico principal con un diagnóstico relacionado con dolor en la columna dorsal. Por otra parte, de la documental vista a página 8 del archivo 2 del expediente digital relacionada con el informe del 09/11/2018, correspondiente a un resultado de un TAC de cráneo, se tuvo como conclusión del examen una normalidad en la densidad del parénquima cerebral y cerebeloso, así como la amplitud del espacio subcranoideo cisternal y periférico tampoco se apreciaron colecciones ni hemorragias intracraneales, de igual forma se precisó el estado normal de las estructuras óseas de la base o de la bóveda del cráneo, y tampoco se observaron alteraciones, salvo un pequeño meningioma temporal occipital izquierdo, con base en el tentorio así, dice el diagnóstico allí indicado, por otra parte, se tiene que el resultado de los exámenes de resonancia magnética del hombro izquierdo y del hombro derecho y las páginas 9 y 10 del archivo 2, realizado por Idime el 16 de febrero de diciembre de 2018, se evidencia algunos hallazgos respecto de sus hombros y se cuenta también con el concepto médico ocupacional de evaluación de egreso efectuado el 19/02/2019, en el cual se indicó que tuvo el demandante un egreso satisfactorio y que no contaba con restricciones o recomendaciones laborales, encontrando como observaciones y recomendaciones únicamente que describió allí un dolor leve a la presión de la articulación del hombro izquierdo, con ligera limitación del movimiento; adicionalmente se observó de las documentales vistas en las páginas 12 a 20 del archivo 2 relacionadas con los exámenes médicos y seguimiento realizados de manera posterior a la finalización del contrato de trabajo, los cuales contemplan la existencia de un aneurisma, pero se reitera, son visitas efectuadas al médico en 9 ocasiones luego de haberse terminado el contrato de trabajo.

De esta manera, una vez valorado el acervo probatorio en los términos de los artículos 60 y 61 del CPTSS y los principios científicos que conforman la crítica de la prueba y las circunstancias relevantes del litigio, se puede concluir que la parte actora no acreditó su condición de discapacidad ni tampoco logró constatar dentro del proceso prueba alguna que permitiera probar que a la finalización de la relación laboral la demandada tuviera conocimiento de algún tipo de situación que lo ubicara como sujeto de especial protección, aquí vale la pena precisar que si bien el actor sufrió un accidente de trabajo el 25/10/2018 se observa que frente al mismo tuvo una atención médica, se realizaron los reportes de investigación como da cuenta la página 25 a 27 del archivo 8 incluso los reportes de seguimientos efectuados por la ARL Sura, pero de lo analizado por el despacho se concluye que a la finalización del contrato de trabajo no se contaba, por lo menos no quedó aquí probado con la existencia de recomendaciones médicas, procedimientos médicos que dieran cuenta de una discapacidad o de una situación o una afectación de salud que le impidiera realizar sus funciones como conductor o que el demandante estuviera gozando de alguna incapacidad o en un trámite de calificación, como lo afirmó el apoderado en sus alegatos de instancia, pues incluso el concepto de médico de la evaluación ocupacional de egresos, no se contempla un panorama que permita dilucidar una situación o circunstancia que puede ubicarlo como sujeto de especial protección, por el contrario, el resultado del mismo da cuenta de un egreso satisfactorio, recordemos que la única incapacidad otorgada fue de 2 días, justo después de ocurrido el accidente en octubre de 2018 y el contrato finiquitó en febrero 2019, sin contar que la respuesta que dio la EPS Sanitas en acción de tutela ventilada ante el Juzgado 56 de Pequeñas causas y competencia múltiple de Bogotá se evidenció que ni el demandante ni su empleador radicaron incapacidades ante dicha EPS, con el fin de realizar los trámites necesarios para llevar el acumulado real de días de incapacidad y realizar las remisiones a que hubiera lugar ante la ARL según da cuenta el fallo proferido por dicho despacho el 30/05/2019 ya se da cuenta las páginas 37 y siguientes del archivo 8.

Bajo las anteriores consideraciones se tiene que concluir que a la fecha la terminación del contrato de trabajo del señor Leónidas Armando Acero Duarte, no

presentaba algún tipo de diagnóstico significativo que lo ubicara como sujeto especial protección constitucional y que por tanto requiriera la autorización del Ministerio de Trabajo, previo a dar por terminada la relación laboral, pues se demuestra la ausencia de los supuestos de hecho y de derecho que ubiquen a la parte actora como beneficiaria de la Ley 361 de 1997 o de alguna manera pendiente a morigerar un trato discriminatorio durante la vigencia de la creación laboral que sostuvo con la demandada, es claro que la protección que procura la ley no se dirige a cobijar a todos los trabajadores que se encuentren en algún tratamiento médico, por cuanto la misma busca particularmente garantizar la estabilidad en el empleo de quienes son objeto de actos discriminatorios que llevan a la terminación del vínculo laboral, motivados en las afectaciones de salud que le impidan o dificulte de manera sustancial el desempeño de sus labores en condiciones regulares o que sean generadores de invalidez, discapacidad o disminución física o sensorial, lo que evidentemente aquí no ocurrió en vigencia del vínculo o el nexo contractual, así las cosas, a partir de todas estas consideraciones se concluye que la parte actora no demostró sumariamente que la terminación del contrato de trabajo se diera con ocasión a una presunta condición de discapacidad, razón por la cual no hay lugar a acceder a las pretensiones solicitadas por la parte actora en forma principal, por lo que tampoco hay lugar a ordenar el reintegro deprecado por el demandante y las demás pretensiones de la demanda relacionadas con el pago de aportes de seguridad social, prestaciones sociales, auxilio de transporte, vacaciones, dotaciones, salarios dejados de percibir junto con los intereses, ni la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, con ocasión en los fundamentos de ley indispensables aquí expuestos pues se reitera no quedó acreditado que a la terminación de contrato de trabajo se diera como consecuencia de un trato discriminatorio por la presunta discapacidad alegada al momento de la terminación del vínculo y con base en el mencionado artículo.

Ahora bien, tenemos que la parte actora en sus alegatos de conclusión llevó sus argumentos a hacer referencia a una presunta culpa patronal de la parte demandada en el accidente que sufrió el demandante el 25/10/2018, sin embargo considera esta juzgadora que las alegaciones no son el momento procesal oportuno para establecer o para endilgar en este tipo de situaciones, teniendo en cuenta que al momento de presentar la demanda no se advirtió ningún hecho relacionado con culpas patronales y tampoco se elevó alguna pretensión con la cual se pudiera estudiar alguna culpa patronal en la que pudiera haber incurrido la demandada en algún momento cuando ocurrió el accidente de trabajo, de manera que los argumentos expuestos de manera extemporánea por la parte demandante no son de recibo para esta juzgadora y por tanto, no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno precisamente porque esta situación no fue debatida en juicio dentro de las etapas procesales y mucho menos se dijo algo relacionado con dicha situación al momento de la fijación del litigio efectuada por mi antecesora en la audiencia del artículo 77 del CPTSS, surtida el 24/02/2022. por tanto, haciendo uso de las facultades ultra y extra petita, no podría esta juzgadora elevar algún pronunciamiento, pues ello iría en contra o sensiblemente de los derechos al debido proceso defensa y contradicción de los cuales es titular la parte accionada y por tanto lo relacionado con una eventual culpa patronal tendrá que ser objeto de estudio en un proceso totalmente distinto a este.

Ahora bien, atendiendo las discusiones planteadas dentro del presente proceso corresponde entonces verificar lo relacionado con los términos en que se dio la finalización del contrato como quiera que la accionada, manifestó que la misma se dio con ocasión a una causa objetiva al haberse finalizado la obra o labor contratada para la cual fue vinculado el demandante, por lo que procede el despacho a efectuar el análisis respectivo frente a la pretensión subsidiaria en la que se le solicitó la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del CST; teniendo en cuenta lo anterior es preciso señalar que para zanjar la discusión en el expediente bajo estudio, es necesario advertir que las causas de la terminación de todo contrato de trabajo se encuentran consignadas de una parte en las disposiciones consignadas en el Reglamento interno de trabajo, en el contrato de trabajo y por otra en nuestra legislación laboral, esencialmente los artículos 60 y 61 del CST, de tal forma que si la terminación del

vínculo laboral no se debe a ninguno de los escenarios planteados anteriormente o en su defecto, no se acredita la estructuración de la causal alegada, se configura entonces un despido sin justa causa en los términos del artículo 64 del CST, lo que de suyo comporta consecuencias jurídicas relevantes para las partes integrantes de la relación laboral, tal como el pago de la indemnización por despido injustificado, valorar el daño emergente y el lucro cesante ocasionado por la conducta infundada del empleador para la terminación del contrato de trabajo; así las cosas, al momento en que se pretenda la declaratoria de un despido sin justa causa y su correspondiente indemnización le incumbe al trabajador acreditar que la decisión de dar por terminado el vínculo laboral derivó unilateralmente del empleador restando, esté obligado de conformidad con la distribución de la carga de la prueba de que tratan los artículos 164 y 167 del CGP de demostrar el motivo invocado para direccionar la aludida terminación.

Descendiendo entonces al caso bajo estudio, se tiene que la parte actora como tal no allegó una documental de la cual diera cuenta de la finalización del contrato de trabajo conforme la carga que la asistía, no obstante, no puede pasar por alto esta juzgadora que la accionada sí allegó la carta de terminación suscrita el 14/02/2019, que da cuenta de la de la finalización del contrato de trabajo y de ella se evidencia que tal ruptura se dio con ocasión de la aparente terminación del contrato de obra número 01, objeto: excavación e instalación de prefabricados rellenos IMO vía eje 2 del proyecto Nova Terra, celebrado aparentemente a través de un contrato suscrito entre la accionada y la constructora Capital y Bogotá SAS, carta con la cual se acredita el hecho del despido; así las cosas, correspondía a la demandada acreditar de manera sumaria las circunstancias y causa objetiva indicada en dicha carta, es decir, probar la efectiva terminación de la obra del proyecto Nova Terra, no obstante, al realizar un análisis juicioso de la totalidad de las pruebas arrojadas al plenario no se encuentra documental o prueba alguna que dé cuenta de tal situación, pues el al contrario, lo único que se tiene certeza es que el trabajador sí estaba contratado para ese proyecto, como da cuenta el contrato de trabajo, más no se probó la terminación efectiva de ese proyecto, pues mal haría esta juzgadora al basarse en manifestaciones simples realizadas en la contestación de la demanda, que no esté debidamente probadas al interior del proceso de ahí que dentro del presente proceso se extraña el material probatorio que diera cuenta las condiciones de la terminación de la obra número 01, objeto, excavación e instalación de prefabricados rellenos IMO vía eje 2 del proyecto Nova Terra, según el presente contrato celebrado por la accionada y la Constructora capital Bogotá SAS, no quedando acreditada entonces la causa objetiva enunciada en la carta de terminación, por lo anterior, este despacho considera que la finalización del contrato de trabajo se dio de manera unilateral y sin justa causa, toda vez que la parte demandada no acreditó, repito, en debida forma la existencia a una justa causa o de una causa objetiva para la finalización del contrato de trabajo, por lo que habrá lugar a condenar al pago de la indemnización por despido injusto, de que trata el artículo 64 del CST, correspondiente al lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada, no obstante, como no se encuentra tampoco sustento alguno que permita identificar tal temporalidad, este despacho se acoge a lo dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo 64, con relación a que la indemnización no podrá ser inferior a 15 días de salario. Así pues, la indemnización a que hay lugar será la suma de \$438.901 cómo quiera que no se encuentra acreditado el último salario devengado por el actor, por lo que se tomarán como base para liquidar esta indemnización y el salario mínimo legal mensual vigente del año 2019, data en que terminó el vínculo laboral.

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpuso recurso así:
”...Considera este extremo procesal una inadecuada valoración probatoria de los documentos que hacen parte de la demanda en particular la radiografía de hombro izquierdo, la radiografía de hombro derecho y el concepto médico ocupacional que fueron mencionados, parte de la argumentación tomada por el despacho, considera este extremo procesal que es una inadecuada interpretación de los mismos, toda vez que como se puede notar los exámenes, las radiografías son del 26/12/2018, las dos radiografías de los 2 hombros y en las 2 se establece una ruptura completa de los tendones del supra e infra espinoso

de 4 cm, el extremo distal de los tendones se encuentra en el tercio media de la cabeza humeral, esto es, para la radiografía de hombro izquierdo para la radiografía de hombro derecho dice ruptura completa del tendón supraespinoso de 2 cm y extremo distal del tendón se encuentra al nivel del borde libre del acromion, esto indica claramente que hay un traumatismo producto de un accidente, el cual sucedió 2 meses antes de haber sido tomadas estas imágenes diagnósticas y estas secuelas del accidente han llevado a enfermedades de tipo laboral, miremos como en la radiografía del hombro izquierdo: dice que hay una ruptura completa de los tendones, igual también lo mencionaba la radiografía de hombro derecho y en la de hombro izquierdo, señala después de establecer el diagnóstico de rotura completa, tendinopatía del subescapular dentro del medio distal y atrofia moderada a severa del infraespinoso y leve del supraespinoso. Esto es lo que está indicando es que hay una alteración en los músculos debido a que no tiene conexión entre el hueso y el músculo por la ruptura completa de los tendones; entonces tenemos claramente identificado en el hombro izquierdo que hay una lesión que no le permite a la persona mover sus brazos con libertad, miremos como para la del hombro derecho, señala también tendinopatía del infraespinoso leve y Distal del Subescapular, atrofia leve de las fibras musculares del infraespinoso y del redondo menor, entonces encontramos que para este hombro también hay una lesión muscular producto de la ruptura completa de los tendones que son producto del accidente. **Ahora bien, se mencionó durante los alegatos, inicialmente el predominio del interés de la valoración, craneoencefálica del demandante, de pronto fue como el detonante, por eso inclusive se mencionó en los alegatos que no se podía establecer con certeza que la situación hubiera sido producto del accidente, pero pudo haber sido el detonante, sin embargo, sí está plenamente identificado y probado mediante estos 2 documentos que hay una secuela del accidente que limita la capacidad de la persona y en ese aspecto, aunque señala un egreso satisfactorio, el concepto médico ocupacional señala que hay dolor leve a la presión de la articulación del hombro izquierdo con ligera limitación del movimiento; esto no quiere decir que sea simplemente un ligero dolor a la presión, pues vemos como la ruptura de los tendones de los 2 hombros del demandante es completa entonces su movimiento está completamente limitado y se está realizando con base en la fuerza muscular, más no con la Unión de los ligamentos que puedan tener, pues toda vez que están rotos, entonces esta persona no puede trabajar, no puede realizar ningún trabajo que implique para sus hombros movimientos por encima de los ángulos de confort o realización de fuerza, es una persona que no puede levantar las manos para trabajar, por lo tanto, **sí tiene una limitación clara en su capacidad laboral con base en la determinación o en el diagnóstico médico que está plenamente identificado dentro del proceso, que es consecuencia clara y directa de un accidente de trabajo, toda vez que las rupturas de los tendones, no se rompen por algún tipo de situación de trabajo ordinaria, por ejemplo, trabajar continuamente con los hombros en ángulos superiores a los permitidos o estar trabajando con cargas muy pesadas en movimientos por fuera de los ángulos de confort, etcétera; estas rupturas de ligamentos, se dan exclusivamente por impactos severos y como tenemos plenamente identificado y probado dentro del proceso una caída en alturas para la cual no había capacitación del demandante, pues es plenamente establecible el nexo causal entre el accidente sufrido y la consecuencia que tiene hoy en día en sus hombros; entonces sí existe una identificación de las secuelas que dejó el accidente, sí existe la demostración efectiva dentro del proceso de las consecuencias dentro de su estado de salud, que no puede elaborar en ningún tipo de actividad que implique el movimiento de los hombros, de pronto podrá tener algún tipo de movilidad, pero es una lesión que no le permite trabajar con normalidad y también se mencionó dentro de los alegatos de conclusión que había de pronto como un indicio de culpa patronal, pero esta indicación no se hace al despacho en la sustentación de los alegatos de conclusión, con miras a buscar una indemnización, toda vez que no como el mismo despacho lo señala, no se hacen pretensiones en este orden y tampoco hay pruebas encaminadas a determinar el perjuicio ocasionado en el marco de la responsabilidad laboral por el****

accidente, sino que se trata de demostrar por qué no son válidos los argumentos de la demandada respecto de la supuesta culpa exclusiva del demandante en la ocurrencia del accidente; miremos cómo hay carencia absoluta de pruebas en capacitación de trabajo en alturas, nosotros encontramos dentro del expediente una capacitación de plan Estratégico de seguridad vial, evaluación de efectividad post capacitación en plan Estratégico de seguridad vial, pero no tenemos ningún tipo de capacitación que nos dé una indicación sobre la evaluación y la capacitación real, sustentada y con un centro de capacitación reconocido por parte del Ministerio de Trabajo donde haya recibido el demandante capacitación para trabajo en alturas y acogiendo también la misma historia clínica que se aporta tenemos una radiografía, una resonancia magnética al cerebro con medio de contraste, donde se informa, en conclusión que existe una micro angiopatía arteriosclerótica isquémica o hipertensiva crónica, eso nos da la conclusión de que el demandante es una persona que tiene una condición cardiovascular o hipertensiva, lo cual por norma está prohibido para que los trabajadores puedan desplegar un trabajo en alturas, entonces aquí no solamente se trata de mencionar para hacer alusión a una posible culpa patronal, sino para demostrar que no existió nunca capacitación del trabajador y en esa caída es que el pierde la capacidad de sus hombros y ya no tiene esa forma de poder laborar de la misma forma, entonces no cualquier trabajo, cualquier cosa que pueda llegar a presentar, primero ha sido supremamente difícil de conseguir y segundo, igual tiene que buscar el medio sustentar en sí mismo y su familia, entonces por el hecho de que una persona pueda de pronto estar laborando, no quiere decir que no tenga una discapacidad que esté plenamente demostrada y que aquí con prueba documental ha sido más que evidente la ocurrencia del accidente que genera la discapacidad y que le impide trabajar, más aun teniendo en cuenta que es una persona que tiene 60 años de edad para el momento del accidente y es claramente una condición que lleva a disminuir aún más la capacidad laboral de esta persona, entonces, con base en estas argumentaciones, solicitamos a la sala se revoque totalmente la sentencia proferida por el despacho y en su lugar se accede a las pretensiones.

CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara el recurso, en el que se afirma hubo una indebida valoración probatoria, estando claro y acreditado que el demandante si es sujeto de estabilidad laboral reforzado, único punto cuestionado en el recurso; advirtiendo desde ya que se confirmará la sentencia. Veamos las razones.

Ha sido la CSJ, en su labor de unificación de la jurisprudencia la encargada de estudiar el tema de la estabilidad laboral reforzada, siendo su último pronunciamiento la sentencia la **SL1154 RAD 93093 DE MAYO 10 DE 2023 MP MARJORIE ZUÑIGA ROMERO, la más reciente.**

En esa providencia la Corte señaló en relación con el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad lo siguiente:

“(…)

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, **la Sala considera que la discapacidad** se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- (i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.
- (ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». **La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».**

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

- a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;
- b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.
- c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruados que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

“(…)

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

“(…)

Y reitera:

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“(…)

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena

y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características....”

Claro entonces resulta, que si bien la Corte aclara que la discapacidad no depende de un factor numérico, destacando que los porcentajes que se utilizaban para la identificación de la discapacidad; previstos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 solo son compatibles para casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo y el 7 de febrero de 2013 para las de mediano y largo plazo conforme a la Ley estatutaria 1618 de ese año: **también lo es que definitivamente y así lo expresa; no puede confundirse la discapacidad con contingencias momentáneas de salud o patologías temporales.**

Esta Sala lo ha venido expresando antes de este pronunciamiento que como bien dice la Corte se hace en su función de unificación de la jurisprudencia; que no desconoce que la Corte Constitucional; también se se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP); pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento, o con un posible diagnóstico, se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente.**

Y decimos como en este caso; pues contrario a lo sostenido por el recurrente, si bien es cierto está acreditado, con la documental aportada; -dicho desde ya también, debidamente analizada y valorada por la Juez; - que el demandante sufrió un accidente de trabajo en octubre de 2018; también lo es que este, solo ocasionó y así se reconoce en la misma demanda dos días de incapacidad, expedida por quien está facultado para determinar no solo esta sino el tratamiento y secuelas, **es decir los médicos de la institución a donde fue remitido (Clínica Auxiliadora Mosquera),** golpe que no puede relacionarse con los problemas de hombro del demandante, que solo se fundamentan en suposiciones del recurrente, tales como cuando se afirma **“que pudo haber sido el detonante”, afirmación que en si no es más que eso una suposición.**

Y es que como ya aclaró la Corte no toda dolencia o patología o diagnóstico, da lugar a estabilidad laboral reforzada y menos aquellas temporales, esto es tratadas y estabilizadas generando la recuperación de la persona que la sufre; como en este caso; en el que días después del accidente en noviembre de 2018, es decir a un mes del accidente, y de acuerdo al TAC, realizado, no se observa anormalidad alguna en cuanto a lesiones en la cabeza del demandante, que como ya se afirmó fue lo afectado en el accidente.

En cuanto a las extremidades superiores, específicamente hombros, ni aun teniendo como un hecho cierto; _que no lo es_; que fue consecuencia de esa caída, conduce a la pregonada estabilidad, toda vez que, aunque se encontraron hallazgos en los exámenes médicos realizados antes del despido; estos evolucionaron satisfactoriamente, según informe, se itera de quien puede rendirlos, y no generaron ni siquiera recomendación alguna en cuanto a la labor, o que dicho en otras palabras le impidiera realizarla. La Sala reitera que no corresponde a las partes determinar el dolor, su grado y las secuelas, ello corresponde a los galenos, y en ese sentido los argumentos del recurso son solo afirmaciones, suposiciones y deducciones carentes de apoyo fáctico y jurídico; siendo por el contrario acreditado y debidamente valorado por la Juez; que a la finalización del contrato no existían ni incapacidades, ni siquiera recomendaciones que dieran cuenta de deficiencias que impidieran al demandante desarrollar su labor, como para que pueda considerarse sujeto de especial protección.

En consecuencia y como bien aclaró la CSJ no toda patología da lugar a la estabilidad laboral reforzada y menos aún como en este caso, cuando no hay certeza ni de esa deficiencia ni por tanto que la demandada la hubiese conocido; luego al no existir tal estabilidad, al no existir la protección, que consagra la Ley 361 de 1997, no hay lugar a la pretensión de reintegro en ella apoyada por lo que se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia que llegó a idéntica conclusión; siendo ello se itera el único aspecto objeto de reproche.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes por lo expuesto en esta providencia.

Sin costas en la instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2021-00397-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ARGENSOLA MARÍN MARÍN

DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **JAHHNIK INGRID WEIMANN SANCLEMENTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. KEIDER JIMÉNEZ CASTRO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.297.498 y tarjeta profesional No. 328.510 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de septiembre del 2022.

ALEGACIONES



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

ANTECEDENTES

La señora ARGENSOLA MARÍN MARÍN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, se CONDENE a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de vejez a partir de julio del 2009, junto con la indexación de las mesadas adeudadas y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 04 de septiembre de 1953; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 67 años de edad; que estuvo vinculada al ISS hoy Colpensiones desde el 02 de mayo de 1994; que es beneficiaria del régimen de transición pues contaba con más de 35 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que al ser beneficiaria del régimen de transición su pensión debe estudiarse bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; que solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez, sin obtener una respuesta favorable; que antes de este proceso, adelantó uno el cual correspondió al Juzgado 3° Laboral del Circuito de Manizales al cual le correspondió el radicado 2015-00190-01 y en el cual se profirió fallo el 23 de febrero del 2016 negando las pretensiones de la demanda; decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Manizales el 13 de abril del 2016; que solicitó nuevamente el reconocimiento de su pensión sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 4, 10, 29, 32, 33 y 34; manifestó no constarle el 6, 11, 17, 22, 28 y 30 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cosa juzgada, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción denominada cosa juzgada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que en el presente caso se debe declarar probada la excepción de cosa juzgada pues al comparar este proceso con el adelantado ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales se evidencia que existe identidad jurídica de partes, de objeto y de causa. Indica que no hay hechos diferentes que permitan la intervención nuevamente del operador judicial y el hecho de que exista un cambio jurisprudencial no faculta al juez para proferir un nuevo fallo contrario a lo ya decidido, pues no se pueden abrir nuevamente los procesos.

RECURSOS DE APELACIÓN



La **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando “*Si bien es cierto manifiesto y presentó el recurso de apelación frente a la decisión tomada por el despacho basada en la acumulación del tiempo entre el servicio público, la cual no fue tomada en cuenta por el despacho ni por la entidad Colpensiones y en la cual dentro de los días que me concede el despacho por escrito, me permitiré sustentarme en debida forma*”

CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que la sustentación del recurso de apelación como requisito formal para su concesión no surge de un capricho legislativo, sino de una marcada necesidad que impone al inconforme con las decisiones judiciales, argumentar de forma precisa y detallada los motivos de su insatisfacción respecto de lo decidido por el *a quo*, pues sólo así es dable delimitar el campo de acción de la función jurisdiccional sobre aquellas decisiones recurridas, argumentación que sin requerir metodologías de proposición rigurosas, ni de formulismos preestablecidos, simplemente porque no existen, sí requiere de una argumentación jurídica y lógica sobre los medios de prueba, los preceptos normativos y las circunstancias fácticas controvertidas.

Lo anterior, ha sido ampliamente expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 4981-2017 en la que señaló que el *ad quem* debe limitar su estudio a los temas propuestos y sustentados en el recurso, excepto cuando se trata de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Estas consideraciones son el fundamento para afirmar, que si bien la parte demandante no hizo ningún esfuerzo por presentar las motivaciones de inconformidad en su recurso de apelación, limitándose a indicar que presentaba recurso de apelación frente a la decisión tomada por el despacho basada en la acumulación del tiempo entre el servicio público, la cual no fue tomada en cuenta por el despacho ni por la entidad Colpensiones, lo cual bastó para que el *a quo* lo concediera desde el punto de vista formalista, lo cierto es, que no atacó en ningún momento las razones del Juzgado.



Lo anterior, para señalar que al no haber sustentado por qué no estaba de acuerdo con la decisión de primera instancia, no queda otro camino que declarar desierto el recurso de apelación.

Ahora, teniendo en cuenta que todas las pretensiones salieron adversas a la demandante se conocerá del presente proceso en grado jurisdiccional de consulta.

Excepción de cosa juzgada

Pues bien, la figura de la cosa juzgada tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, al atender conflictos que ya han sido solucionados por una autoridad judicial. En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores.

Efectivamente el artículo 303 del C. G. del P. es el que consagra cuando una sentencia tiene efectos de cosa juzgada señalando *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes ”.*

Frente a este tema, de antaño ha dicho la Corte entre otras en la sentencia SL 3386 de 2022 que *“Conviene recordar que la Corporación (CSJ SL1686-2017, CSJ SL198-2019, CSJ SL979-2019, CSJ SL4665-2021, CSJ SL2406-2022, entre otras) ha establecido que para que se configure la existencia de la institución de la cosa juzgada, de acuerdo al entonces vigente artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, debe haber identidad de: (i) personas o sujetos, esto es, que se trate de los mismos demandante y demandado; (ii) objeto o cosa pedida, es decir, del beneficio jurídico que se reclama, y (iii) causa para pedir, que se refiere al fundamento fáctico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado.”*

Entonces, para que esta institución se configure deben evidenciarse los tres elementos que la estructuran: (i) ***identidad de partes***, entendiéndose no



como identidad de personas, sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) **identidad de la cosa u objeto**, que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico y; (iii) **identidad de causa**, que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

En el *sub lite*, se aportó el expediente digital adelantado ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales, por lo que se estudiara si existe o no cosa juzgada.

En cuanto a la **identidad de partes** se evidencia que, en el proceso que aquí nos ocupa y el adelantado en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales bajo el radicado 2015-00190-00 existe identidad de partes, pues en ambos la demandante es la señora ARGENSOLA MARÍN MARÍN y la demandada es COLPENSIONES.

Adicionalmente, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, existe **identidad de objeto**, como quiera que en ambos procesos se discutieron las mismas pretensiones como lo es el reconocimiento y pago de una pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Y finalmente, también existe **identidad de causa** pues los dos procesos se fundamentaron en las mismas situaciones fácticas.

Por tanto, al existir identidad de partes, objeto y de causa, acertó el fallador de primera instancia cuando declaró probada la excepción de cosa juzgada.

Siendo necesario recordar que tal y como lo ha indicado la CSJ como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, entre otras en la sentencia SL 1545-2023, un cambio de criterio jurisprudencial no faculta a las partes para demandar nuevamente ya que no se puede afectar la intangibilidad de la sentencia. Por tanto, si la parte demandante no estaba de acuerdo con la



decisión tomada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales debía haber interpuesto recurso de casación y no iniciar un nuevo litigio.

Virtud de lo dicho se confirmará la decisión proferida en primera instancia en su integridad. **Sin costas** en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 10-2019-378-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ORLANDO SAMUEL GONZÁLEZ MERCHÁN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora SANDY LEAL RODRÍGUEZ, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colfondos S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 4 de octubre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor ORLANDO SAMUEL GONZÁLEZ MERCHÁN por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPM al RAIS en razón a que la administradora Horizonte hoy Porvenir no le proporcionó la información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como tampoco le informó sobre las desventajas de vincularse a Horizonte hoy Porvenir, incumpliendo con su deber de buen consejo, que se declare que nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS, entendiéndose que siempre ha permanecido en el RPM y que no existió solución de continuidad en la afiliación.

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras, que se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación del demandante considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al RPM, a recibir los aportes y rendimientos devueltos por Horizonte hoy Porvenir S.A., y a actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición del demandante, que se condene a Horizonte hoy Porvenir S.A., a registrar en su sistema de información que el demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida información suministrada al momento de la afiliación y haberse configurado un vicio en el consentimiento.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de junio de 1956, por lo que para el mismo día y mes del año 2018, cumplió los 62 años, que ha laborado para diferentes empleadores públicos y privados y a su vez ha cotizado a pensiones a los siguientes entes: ISS, Cajanal, Colfondos, ING y Horizonte hoy Porvenir, que para el año 1998, se encontraba afiliado al RPM cuando realizó su traslado al RAIS el día 15 de enero de 1999, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A., que ha reunido a la fecha un total de 1.110 semanas, según consta en formato de historia laboral consolidada, generada el 28 de mayo de 2019, que en el mes de enero de 1999, con base en información sesgada e inadecuada y con los móviles equivocados, tales como que: Colpensiones se iba a liquidar

pronto y que sus aportes se encontraban en riesgo, que la pensión del demandante iba a ser superior a la que ofrecía Colpensiones, que se podía pensionar anticipadamente antes de la edad exigida por Colpensiones, etc., a tal punto que firmó formulario de solicitud de traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A.

Indica que Horizonte hoy Porvenir S.A., o sus asesores en ningún caso le advirtieron sobre los riesgos existentes por trasladarse a este régimen, que nunca le informaron que la pensión podría ser inferior a la del RPM ni que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente o que el capital acumulado o ahorrado no le permitiría tener una pensión similar a la que obtendría en el RPM, que no le realizaron una proyección de pensión en uno u otro régimen que le permitiera establecer sus diferencias, que o le advirtieron que los cálculos estimados estaban sometidos al vaivén del mercado ni que el valor de la pensión depende de la modalidad que escoja, que nunca le manifestaron que la negociación del bono pensional implicaría un importante sacrificio financiero, que no le explicaron cómo funciona financieramente el RAIS, que no le informaron que podría devolverse al RPM hasta antes de faltarle 10 años para cumplir la edad de pensión, que nunca le advirtieron que es un bono pensional.

Refiere que en el mes de junio de 2018, cumplió con uno de los requisitos exigidos para poder pensionarse, por lo tanto, se acercó al fondo privado Porvenir, donde se encuentra afiliado actualmente, para que le informaran los trámites a realizar con el fin de obtener su pensión y en consecuencia pedir su baja laboral, que el asesor que le atendió le informa que efectivamente se puede pensionar en el año 2018, con una mesada correspondiente a un salario mínimo mensual legal vigente, que al enterarse de esta información se dio cuenta que los asesores le convencieron para que realizara su traslado del RPM al RAIS, faltando a la verdad, que la información había sido parcializada, sesgada, incompleta e incomprensible y todo por captar un cliente y posiblemente por no perder su comisión.

Por último, manifiesta que solicita a Horizonte hoy Porvenir la devolución de sus ahorros, y el asesor le responde que no es posible pues cuenta con un ahorro que le permite pensionarse con un salario mínimo y, por lo tanto, la devolución no aplica, que presentó derecho de petición ante Porvenir S.A., con fecha 28 de agosto de 2018, donde solicitó que se declarara la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, que el 26 de julio de 2018, radica derecho de petición ante Colpensiones donde solicitó que como consecuencia de

decretarse la nulidad del traslado, se asumiera que siempre estuvo vinculado al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los No. 1, 2 y 3 parcialmente y 22, no ser un hecho el No. 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los No. 1, 3 a 5, 17, 18, 20 y 21, no constarle los numerales 2 y 22 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los numerales 1 y 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las que denominó falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción y la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional del señor Orlando Samuel González Merchán.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el No. 1, negó los numerales 5 y 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa

y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes e innominada o genérica.

A la litisconsorte **Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías** se le tuvo por no contestada en tiempo la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación del demandante señor ORLANDO SAMUEL GONZALEZ MERCHAN a la sociedad HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, mediante la suscripción de afiliación realizada el 15/01/1999 y las subsiguientes afiliaciones realizadas con AFP COLFONDOS S.A. el 25/09/2006, y la nueva afiliación realizada con ING hoy AFP PROTECCION el 28/02/2008, y la nueva afiliación a AFP PORVENIR S.A. 01/01/2014, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante señor ORLANDO SAMUEL GONZALEZ MERCHAN al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ORLANDO SAMUEL GONZALEZ MERCHAN, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y así mismo a realizar la devolución de las sumas descontadas por los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades que le hubiere realizado durante sus vinculaciones, debidamente indexados, y debe devolver los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado durante sus vinculaciones, deberá allegar a COLPENSIONES los documentos correspondientes al pago efectivo de estas sumas a Colpensiones por el demandante y que den cuenta de las sumas recibidas por la AFP PORVENIR S.A., por cotizaciones, rendimientos, intereses, y las descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentajes de garantía de pensión mínima la demandante, para que Colpensiones pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados, la devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a las SOCIEDADES ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., devolución a RPM administrada por COLPENSIONES de las sumas descontadas al actor señor ORLANDO SAMUEL GONZALEZ MERCHAN durante la vinculación a estas administradoras de

pensiones por concepto gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades y también la devolución de lo descontado por porcentajes destinados a las garantías de pensión mínima acompañándola de los documentos necesarios para establecer el pago efectivo de estas sumas y los documentos que den cuenta de las sumas descontadas al actor por los citados conceptos durante su vinculación por gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentajes de garantía de pensión mínima la demandante, por parte de COLPENSIONES que los dineros entregados fueron los ordenados en esta providencia, esta devolución la debe de hacer en el término de 15 días seguidos a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a la parte motiva.

QUINTO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las PORVENIR S.A., AFP PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, de manera inmediata deberá imputar en la historia laboral del demandante las sumas cotizadas en el RAIS durante su afiliación a AFP en la historia laboral para efectos pensionales en el RPM administrado por COLPENSIONES, adicionalmente se le condena a que una vez entren a Colpensiones y sean recibidos las sumas procedentes de AFP PORVENIR, AFP PROTECCION, AFP COLFONDOS S.A. debe proceder a revisar que efectivamente se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia.*

SEXTO: CONMINAR *a COLPENSIONES que como quiera que el bono pensional del señor ORLANDO SAMUEL GONZALEZ MERCHAN se redimió y el dinero hace parte integral de la cuenta de ahorro individual del afiliado que ordeno trasladar en esta sentencia y por ende comprende el valor del redención del bono pensional y sus rendimientos, por lo cual deberá hacer la gestión necesaria ante la oficina de bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de establecer las fuentes de financiamiento de las respectiva pensión que le pueda corresponder al aquí demandante señor ORLANDO SAMUEL GONZALEZ MERCHAN y en el evento de existir excedentes devolver los mismos a la oficina de bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad a la parte motiva.*

SÉPTIMO: DECLARAR *no probadas las excepciones planteadas por las accionadas AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN, AFP COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES, en relación a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se declara probada la excepción de genérica de falta de legitimación en la causa por pasiva y se absuelve de las pretensiones de esta demanda de conforme a lo expuesto.*

OCTAVO: CONDENAR *en costas de esta instancia a AFP COLFONDOS S.A., AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A., COLPENSIONES y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas la suma de \$ 1.000.000 las cuales deben ser canceladas por AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A., AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 250.000 a cada una. (...)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que la Corte Suprema de Justicia tiene asentado en su Sala de Casación Laboral los fundamentos o parámetros que se deben tener en cuenta para resolver situaciones en las cuales se está peticionando la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen por vulneración a los conocimientos del deber de

información por parte de las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, en donde se ha establecido de manera pacífica que no es el deber de información y buen consejo, la obligación de dar esa información completa, cierta y veraz que surja con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, sino que era un deber que ya existía desde el surgimiento de la Ley 100 de 1993, a la vida jurídica dada la existencia del Estatuto Orgánico Financiero, Decreto 663 de 1993, numeral 1 artículo 97, que establecía en cabeza de las entidades del sistema financiero, la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones que realizaban, de suerte que les permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos poder escoger las mejores opciones del mercado y esta norma le es aplicable también a las administradoras de fondos de pensiones, teniendo en cuenta que tienen la doble connotación de ser entidades de seguridad social y entidades del sistema financiero y se precisó que esta información que se debía dar por las administradoras era una información que debía dar a conocer con exactitud como operaba el sistema público de pensiones y el sistema privado de pensiones, haciendo un parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Que si bien es cierto existen normas posteriores como la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, estas supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del Sistema de Seguridad Social en Pensiones porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, que existe una inversión de la carga de la prueba en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones que deben demostrar que cumplieron con este deber de información so pena de que se declare ineficaz el traslado entre regímenes pensionales y que para esta demostración no es suficiente las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones porque ello sólo demuestra el consentimiento más no el consentimiento informado de haber recibido una información clara, cierta y oportuna y se señala también que no se exige ser beneficiario del régimen de transición, estar a puertas de un derecho pensional para que se pueda impetrar la acción de ineficacia por vulneración o desconocimiento del deber de información. Igualmente, se ha precisado que el tránsito entre diferentes fondos de pensiones dentro del RAIS tampoco convalida el consentimiento originalmente dado por el demandante.

La declaratoria de ineficacia trae unas consecuencias, lo que conlleva a que una vez se declare hay lugar a las restituciones y debe, en consecuencia,

devolver el RAIS, la administradora correspondiente con destino al RPM administrado por Colpensiones, todas las sumas correspondientes a cotizaciones, rendimientos e intereses, frutos, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta individual del afiliado y primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia debidamente indexados, como se señaló desde sentencia 31989 de 2008, y también los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima. Esta acción de declaratoria de ineficacia es imprescriptible y puede ser declarada en cualquier tiempo.

Que no se encontraba en discusión que efectivamente el 15 de enero de 1999, suscribió la afiliación con Horizonte hoy la AFP Porvenir S.A., y se tiene del certificado SIAFP que se trasladó de Colpensiones a Horizonte el 15 de enero de 1999, de Horizonte a Colfondos el 25 de septiembre de 2006, de Colfondos a ING el 28 de febrero de 2008, y de ING a Horizonte el 30 de septiembre de 2009, y de Horizonte a Porvenir el 1 de enero de 2014, que de las pruebas se puede establecer que el demandante nació el 21 de junio de 1956, al 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad y no era beneficiario del régimen de transición por edad, tampoco lo era por tiempos cotizados, dado que presenta cotizaciones al ISS desde el 4 febrero de 1988, hasta el 8 de noviembre de 1991, de acuerdo al resumen de semanas, a Colpensiones un total de 88.57 semanas al momento del traslado pero esto no es un requisito para poder impetrar la acción.

En cuanto al interrogatorio de parte de la parte demandada Porvenir S.A., indicó que toda la asesoría que se le brindó al demandante fue verbal e incluso se señaló que no había ninguna documental sobre la afiliación, básicamente la representante legal indicó que para la época no existía una obligación por parte de las administradoras de fondos de pensiones de dejar documentada la información correspondiente a la que se le daba pero que al demandante se le había dado toda la información por parte del asesor en su momento de Horizonte y se había cumplido con ese deber de información por parte de Porvenir.

Ahora bien, en relación con el interrogatorio del demandante indicó que llegaron asesores en todas las ocasiones de Porvenir, Protección y de Colfondos S.A., en donde inicialmente cuando se hizo la afiliación con Porvenir se le señaló que podían estar en peligro sus cotizaciones, teniendo en cuenta que el ISS estaba en crisis y ello podía afectar o causar la pérdida de estas afiliaciones, que de las semanas cotizadas señala el demandante que no se le dio ninguna información sobre aportes voluntarios, cuenta individual,

rendimientos que generarían la posibilidad de hacer los aportes voluntarios para aumentar el capital, que no se le dio a conocer los requisitos para poder acceder a la pensión en el RAIS, es decir, no se le informó que requería un capital mínimo para poder obtener esa pensión si quería anticipadamente, que no se le habló de bono pensional, no se le informó que podía existir una pensión de sobrevivientes para beneficiarios y que tampoco se le informó que en caso de su fallecimiento sin haber adquirido el derecho pensional al no tener beneficiarios podían ser heredadas estas sumas de dinero de la cuenta individual, lo que informa el demandante es que si firmó las afiliaciones voluntariamente, que leyó que estuvieran los datos personales y que no hubo coacción por ninguno de los fondos para que firmara, que hizo traslados entre fondos porque consideraba o venía con la creencia que era la mejor opción, que no es que existiera una diferencia entre unos y otros, que se dio por los diferentes empleos que fue teniendo, entonces en las diferentes oportunidades fue celebrando o firmando estos formularios con otros fondos, que no presentó ninguna queja en relación a su situación pero que efectivamente no se le hicieron ningunas proyecciones ni se le informó en el momento del traslado cuál iba a ser su mesada, que la simulación que se le hizo se le informó que iba a tener después de tantos años de estar afiliado y teniendo un ingreso de más de \$10.000.000 su pensión iba a ser de un salario mínimo y él todavía tiene hijos que estudian en la universidad y ese salario no le va a alcanzar para cubrir sus necesidades y sus gastos, mientras que en Colpensiones si se le tiene en cuenta lo cotizado en los últimos 10 años, lo cual llevaría a que su pensión sería mayor.

Que la AFP Porvenir, en su momento Horizonte no cumplió con el deber de demostrar, de conformidad a la inversión de la carga que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ese deber de información pues el Decreto 656 de 1994, establecía en el artículo 15 e incluso la necesidad de que tuviesen los fondos un reglamento de pensiones y un manual en donde el afiliado conociera cuáles eran sus derechos y sus deberes y como era que funcionaba ese reglamento de pensiones, que debía ser entregado en el momento mismo de la afiliación y entregado quería decir por escrito, entonces quiere decir que sí había una información y estaba establecida desde la misma Ley 100 de 1993, y en gracia de discusión la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral así lo ha señalado, que con el Decreto 663 de 1993, numeral 1 artículo 97, ya estaba establecido ese deber de información y no puede decirse que surgió con la normatividad posterior.

Ahora, se señaló también que existen unos actos de relacionamiento que hacen que se ratifique el consentimiento dado por el demandante en donde se indica que este hizo traslados entre administradoras de pensiones, que el demandante efectivamente permaneció en el régimen por muchos años, por tanto, con esos actos de relacionamiento necesariamente se tiene que establecer que efectivamente estaba su voluntad de mantenerse dentro del RAIS y con ello se encontraba ratificada dicho deseo. Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia 1055 de 2022, señaló que: *“Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS. Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL56882021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (...)”* En ese orden de ideas, no es atendible lo manifestado por la apoderada en sus alegaciones en cuanto a los actos de relacionamiento.

Aunado a lo anterior, señaló que no era posible entrar a señalar que se haya demostrado el deber de información cuando del mismo interrogatorio de parte de la representante legal, claramente se dijo que la información fue verbal, que fue claro del mismo interrogatorio que ni siquiera se entregó el reglamento de pensiones que era obligación entregar en su momento, no es una cosa que apareció después sino en el mismo momento del Decreto 656 de 1994, existía la obligación de dar a conocer esos deberes, derechos y cómo funcionaba el fondo y eso no quedó demostrado en el presente proceso.

A la luz de las pruebas allegadas, no se lograba demostrar vía confesión ni por documentales haber dado la información completa, cierta, veraz y oportuna al demandante, habiendo lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó

el demandante al fondo de pensiones Horizonte hoy la AFP Porvenir S.A., el día 15 de enero de 1999, y por ende, el traslado del RPM al RAIS, lo cual trae también como consecuencia que haya lugar a declarar ineficaz los traslados posteriores que realizó el demandante también de Horizonte a Colfondos el 25 de septiembre de 2006, de Colfondos a ING el 28 de febrero de 2008, y de ING a Horizonte el 30 de septiembre de 2009, e incluso la cesión por fusión que terminó siendo el traslado que se hace por la fusión existente entre Horizonte y Porvenir, actual hoy Porvenir S.A., ordenando el restablecimiento de su afiliación al RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad y, en consecuencia, esa entidad debía restablecer la afiliación del demandante a la afiliación primigenia dado que está demostrado con la historia laboral que efectivamente el demandante venía afiliado a Colpensiones desde el 4 de febrero de 1988, y por ende se debe restablecer sin solución de continuidad dicha afiliación.

Ahora bien, en aplicación del artículo 1746 del Código Civil, debía devolverse con destino al RPM todas las sumas que se encuentren en la cuenta individual del demandante con destino al ISS hoy Colpensiones que debe incluir todas las sumas recibidas por cotizaciones, frutos, intereses, rendimientos, bonos pensionales y para ello debe señalarse que dentro de este proceso se presentó la redención del bono pensional del demandante, efectivamente obra dentro del proceso las documentales que se allegaron por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y también por Porvenir S.A., en donde la historia laboral que obra y específicamente en ese documento, PDF 41, se encuentra que se relaciona el valor de \$42.500.000 y allí se señala que el 29 de junio de 2018, hay un ingreso correspondiente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cual permite establecer que hubo la redención del bono pensional conforme a la Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se tiene entonces que dentro de este proceso está establecido que en su momento el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cumplió con ese deber de realizar la correspondiente emisión y redención del bono pensional por la suma de \$42.500.000, dineros que desde el 29 de junio de 2018, ingresaron a la cuenta individual del señor González.

En consecuencia, al haberse emitido y redimido el bono pensional, el resultado de ello es que esos dineros ingresaron a los recursos que hacen parte de la cuenta individual del afiliado, lo que genera la mutación entre la naturaleza de bono pensional a una distinta, pues se convirtió el bono pensional en recursos efectivos con los cuales se calcula y se paga la pensión en el RAIS, recursos cuyo destino dada la orden de devolver de conformidad

el artículo 1746 del Código Civil Colombiano, todas las sumas recibidas por cotizaciones, rendimientos, intereses, frutos, bonos pensionales; es inescindible, no puede sacarse el bono o apartarse del bono del valor total de esa cuenta individual del señor González. Por tanto, dentro de la devolución debe necesariamente ir cotizaciones, rendimientos, frutos, intereses, bonos pensionales que hayan ingresado a la cuenta de ahorro individual del demandante como la devolución de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y muerte y los porcentajes de garantía de pensión mínima.

En este punto, la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público señaló que se debía ordenar por este estrado judicial la devolución del bono pensional con destino a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dada que las pensiones que paga Colpensiones no son financiadas por bonos pensionales tipo A, que fue el que se le expidió al demandante y, por ende, debe hacerse la devolución debidamente indexada. Debe señalarse que dentro de este proceso no se interpuso ninguna demanda de reconvención en contra de Colpensiones para solicitar esto. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1309 de 2021, Rad. 68091 y especialmente en sentencia de instancia, se tiene que no hay lugar a la devolución del bono pensional como lo ha establecido la CSJ en Sala de Casación Laboral con destino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público porque hubo una mutación, si bien es cierto fue un bono pensional que se emitió, entró y pasó a ser parte de la cuenta individual del demandante y de esas sumas de dineros que estaban destinadas para financiar la pensión en el RAIS, habiendo lugar a ordenar a Colpensiones a que haga todas las gestiones necesarias con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En ese orden de ideas, se condenará a la AFP Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Orlando Samuel González que se encuentran en su cuenta individual, correspondientes a cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, frutos e intereses, rendimientos como lo establece el artículo 1746 del Código Civil, teniendo en cuenta que adicionalmente deberá hacerse la devolución de los gastos y cuotas de administración descontados al demandante correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y muerte, debidamente indexados y también debe hacerse la devolución de los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima con destino a Colpensiones y esta devolución deberá realizarla en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Señaló que se debían devolver todas las sumas que ingresaron al RAIS con motivo de la afiliación del actor al RPM, teniendo en cuenta que si bien es cierto se puede decir que los gastos de administración están consagrados en la Ley 100 de 1993, y que en el RAIS también se cubre los riesgos de invalidez y de muerte y sobrevivencia que fueron cubiertos por las pólizas de seguro, se debe recordar que la financiación de las pensiones de Colpensiones se hacen desde un fondo público donde ingresan todas las sumas de dinero y de ese fondo público es que se financian tanto pensiones de vejez, como también en el evento que se cumplan los riesgos de sobrevivencia o de invalidez también deben ser cubiertos por Colpensiones, debiendo los fondos a los que estuvo afiliado el actor, realizar la devolución al RPM administrado por Colpensiones de las sumas descontadas al señor Orlando Samuel González Merchán durante su vinculación a estas administradoras de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que se le hayan realizado los descuentos y debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades y Colpensones debía imputar en la historia laboral del demandante para efectos pensionales en el RPM, las cotizaciones realizadas en el RPM mediante su vinculación a Horizonte hoy Porvenir y Protección y Colfondos, debiendo también Colpensiones como quiera que se remidió el bono pensional del demandante y este dinero hace parte del capital que se está ordenando devolver, realizar junto con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto de la pensión que en su momento haya lugar a reconocerle al demandante para que se pueda establecer cuáles son las fuentes de financiación de la pensión y si es del caso devolver con destino a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor que corresponda, de conformidad a lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

En cuanto a las excepciones planteadas por las demandadas, no había lugar a declararlas probadas teniendo en cuenta que han sido prosperas las pretensiones de la demanda. En relación a la excepción de prescripción la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral ha establecido que la excepción de prescripción es una acción de carácter imprescriptible. Frente a la devolución de los gastos de administración tampoco es posible entrar a aludir que no financian la pensión de vejez y que están prescritos porque todas estas sumas de dinero relacionadas con las sumas de las primas de seguros previsionales deben entrar a Colpensiones.

En relación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, si bien las excepciones planteadas no se ajustan a las resultas de esta sentencia, lo que si se encuentra es que las pretensiones de esta demanda no afectan directamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público porque no interviene en el proceso de afiliación y no le compete hacer la afiliación y mucho el restablecimiento de la afiliación del RPM, razones por las cuales de manera genérica el despacho va a declarar probada a su favor la falta de legitimación en la causa por pasiva.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando en primer lugar que la afiliación realizada al RAIS por parte del demandante cumplió con todos los requisitos al momento de dicho traslado, pues se debe tener en cuenta que esta surge a partir del 1 de julio del año 2010, que se ha considerado como obligatorio para las AFP privadas informar los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo establecido en múltiples conceptos y circulares referentes a la materia objeto de análisis donde se encuentra completamente admisible que la información a quien quería vincularse al RAIS se suministrara de manera verbal, catalogándose como completa, transparente y veraz.

Por lo anterior, la decisión del señor Orlando Samuel González Merchán fue totalmente consciente sin ningún tipo de presión o coacción, en la medida que recibió toda la información pertinente al momento de su vinculación de manera verbal y suscribió formulario de afiliación que cumplía con todos los requisitos establecidos por la Superintendencia así como con lo señalado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y finalmente así como el hecho que con su firma en el diligenciamiento de dicho formulario de afiliación se considera como una manifestación inequívoca que se encuentra materializada para el año 1999. Aunado a lo anterior, realizó múltiples traslados horizontales realizados por el demandante hacia las AFP Colfondos y Protección, lo cual permite precisamente denotar aquella voluntad de pertenecer al RAIS de manera voluntaria.

Así mismo, las acciones para reclamar la respectiva ineficacia sí se encuentran prescritas si tenemos en cuenta lo establecido en los artículos 1750 del Código Civil, 151 del CPTSS y 488 del CST, respecto de lo cual se debe de tener muy presente que en ningún momento se está cuestionando el acceso al derecho pensional del demandante, por cuanto una cosa es referirse a la consolidación

del mismo, lo cual podrá realizar dentro del régimen dentro del cual se encuentra afiliado, es decir, actualmente al RAIS y otra muy distinta hacia la ineficacia de dicho acto, lo cual si finalmente definirá bajo cuál régimen dicho derecho se ejercerá.

Ahora, con relación a las condenas impuestas en el numeral tercero de la respectiva sentencia; en primer lugar, en lo que respecta a la devolución de los gastos de administración no es procedente ordenar el reembolso de dichos rubros por cuanto los mismos cumplieron con una destinación legal específica, la cual correspondió a financiar la correcta administración de los recursos de la cuenta individual del demandante, lo que le permitió finalmente a él obtener los respectivos rendimientos, de forma tal que los montos correspondientes a gastos por administración ya fueron utilizados para los fines previstos y no se encuentran en poder de Porvenir para ser devueltos en los términos señalados en la respectiva condena, la condena impuesta respecto a la devolución de los rendimientos tampoco era procedente, por tanto, se debe tener en cuenta que en el RAIS los aportes de los afiliados sí generan rendimientos, aspecto que en el RPM no se configura precisamente por tratarse de un fondo común. Razón por la cual al haberse declarado la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado por el demandante y conforme a los efectos jurídicos de esta figura, no habría lugar a devolver los rendimientos por cuanto se entendería finalmente que el demandante nunca habría estado afiliado al RAIS y, por ende, jamás se generaron los rendimientos aducidos.

Por otro lado, con relación a la condena impuesta tendiente a la devolución de las primas de seguros previsionales no es procedente tal devolución ya que no se encuentran en poder de Porvenir sino en el de la compañía aseguradora que se contrató para las coberturas de las contingencias de invalidez y muerte. Así mismo, la destinación de dichas sumas también cumplieron con su objetivo y, en consecuencia, aquellas ya se agotaron y extinguieron, la cobertura que brindó la respectiva compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible, el demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado con Porvenir S.A., en general en el RAIS estuvo y ha estado amparado en los riesgos de invalidez y muerte a través de los seguros contratados, primas que ya fueron pagadas a terceros y causadas y que, por lo tanto, no se encuentran en poder de Porvenir S.A, para ser devueltas.

Con relación a la condena tendiente a la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, dichas sumas ya se encuentran extintas y, por lo tanto, no hacen parte de los dineros que administra Porvenir S.A., para ser devueltas. En lo que respecta al bono pensional, dicha devolución tendrá que realizarse al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a la entidad Colpensiones por cuanto es el Ministerio quien expidió dicho bono pensional.

Bajo las condenas señaladas con anterioridad, en dichas sumas no es procedente que sean ordenadas a devolver de forma indexada bajo el propio patrimonio de Porvenir S.A., de ser así de acuerdo con la normatividad que actualmente rige para el presente caso pues se estaría materializando un cobro de lo no debido.

Por su parte, **Colpensiones**, recurrió en cuanto a las condenas y obligaciones impuestas a Colpensiones teniendo en cuenta que a la fecha el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito el 1 de marzo de 1999, con la Administradora de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A., ahora Porvenir S.A., y la información vital por haber efectuado el cambio de régimen alegados por la parte demandante, como se demostró a lo largo de la audiencia en las declaraciones del demandante en el interrogatorio de parte, no le asiste derecho ya que el actor tuvo conocimiento del traslado realizado al RAIS.

No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora y la AFP Porvenir S.A., es nulo toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba, documentales suficientes las cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante para el RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría el trasladarse del RPPM administrado por el ISS con destino a RAIS. En el presente no se observa ningún vicio del consentimiento.

Tratándose de la afiliación al sistema pensional, los afiliados al mismo cuentan con el derecho a escoger libremente a que régimen se afilian, tal como lo indica el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es así como en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que el demandante fue informado

por el fondo en el que se encuentra afiliado el cual suministró información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes. Por lo tanto, no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado y mucho menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara. Por último, referente al dolo es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño lo indujo a realizar el traslado.

Por lo anterior, se puede concluir que el demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al RAIS, por ende, no se vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda contrario sensu a la parte actora se le respetó el derecho de afiliación al suscribir con el RAIS y teniendo en cuenta que es una persona que goza de toda la capacidad legal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, por lo que de alegarse por la parte actora que el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte ahora Porvenir S.A., a través de sus asesores comerciales mediante maniobras engañosas efectuó el traslado del RPM con destino al RAIS, es a esta misma a quien le corresponde única y exclusivamente desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones, Colpensiones no tiene poder dispositivo sobre la anulación de afiliación efectuado por el demandante toda vez que conforme a la sentencia SL 1452 de 2019, emitida por la CSJ, quien tiene la obligación de la carga procesal de demostrar que cumplió con sus obligaciones legales de asesoría y buen consejo para con el afiliado es la administradora de fondos y pensiones a la cual se afilió y a través de la cual efectuó su traslado de cambio de régimen pensional, dado que en este caso la AFP a la cual se vinculó inicialmente el demandante fue Porvenir S.A., es este a quien le compete demostrar el cumplimiento debido de las obligaciones legales antes enunciadas.

Por lo anterior, el demandante contaba con 64 años de edad en consideración a que nació el 22 de enero de 1955, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen según la normativa citada en líneas precedentes, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, artículo 2 literal e).

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** recurrió frente a la orden dada por el despacho en relación al bono pensional de que se traslade por Porvenir S.A., a Colpensiones porque no es lógico que si se declara la ineficacia de la afiliación como se sostuvo en los considerandos, se tiene que al declararse la ineficacia es como si nunca se hubiera dado la afiliación del hoy demandante al RAIS sino se dio nunca la afiliación del demandante al RAIS pues nunca debió existir el bono pensional, entonces para unas cosas sí se tiene que se dio la ineficacia pero al ordenarse el traslado a Colpensiones del bono pensional sigue vigente esa afiliación.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia también tiene argumentos en los cuales se ha establecido las razones por las cuales debe reintegrarse el bono pensional, haciendo mención a la sentencia SL 4593 de 2020. Razón por la cual, la orden debe ser y tal como lo mencionó la apoderada de la AFP Porvenir S.A., el reintegro del bono pensional debe ser al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a Colpensiones. En Colpensiones para acceder una pensión los requisitos son semanas cotizadas y la edad, entonces se estaría aplicando dos beneficios para la persona porque el bono pensional corresponde a unas semanas que cotizaron en Colpensiones y que por su traslado al RAIS dichas semanas se convirtieron en bono pensional, luego al declararse la ineficacia entonces se tendría que Colpensiones debería tener en cuenta las semanas cotizadas y, adicionalmente, un bono pensional que se reitera no debe ser tenido en cuenta en Colpensiones.

Consideró la Juez que se debió iniciar una demanda de reconvención a Colpensiones y la pregunta es ¿Por qué debió ser así? Si Colpensiones en ningún momento tiene un bono pensional y menos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la orden dada por el despacho no es práctica y afecta la sostenibilidad financiera del sistema porque la Juez consideró que de existir excedentes en la financiación se devolvieran dichos valores a la Oficina de Bonos Pensionales y resulta que un bono pensional no puede ser tenido en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez que le pueda ser otorgada por Colpensiones, se reitera al declararse la ineficacia de la afiliación pues la consecuencia lógica es que el bono pensional nunca debió existir y debió ordenarse su anulación y el reintegro al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de manera indexada y capitalizado por la AFP Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por

el señor ORLANDO SAMUEL GONZÁLEZ MERCHÁN, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada con Horizonte hoy Porvenir S.A., el 15 de enero de 1999, como se verifica de copia de dicha documental allegada por el demandante y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que efectuara el actor a Colfondos S.A., el 25 de septiembre de 2006, hacía ING hoy Protección S.A., el 28 de febrero de 2008, posteriormente a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 30 de septiembre de 2009, y finalmente, de Horizonte a Porvenir el 1 de enero de 2014, de acuerdo con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por la AFP Porvenir S.A.

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

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

Es así como en casos, contrario a lo indicado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional

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

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por las recurrentes Colpensiones, Colfondos y Porvenir S.A., se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Orlando Samuel González, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera; y en interrogatorio de parte vertido por este, señaló que le indicaron que el ISS estaba en crisis, no siendo de su resorte investigar la veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada al señor Orlando González, quedando así demostrado que la demandada Porvenir S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, de tal manera, el argumento de las demandadas también esbozado en sus alegaciones, según el cual, el traslado fue libre y voluntario, no resulta procedente.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro

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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte y en cuanto al argumento de Porvenir S.A., esbozado en su recurso referente al traslado de los gastos de administración, primas de seguro, aportes para el fondo de garantía mínima se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado **junto con indexación**, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por la Juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

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

Respecto a la permanencia del actor en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que contrario a lo manifestado por la recurrente Porvenir S.A., la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019, que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

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

En punto a la solicitud del Ministerio recurrente de efectuar la devolución del bono pensional que, para el caso del actor, se probó que fue redimido y su monto trasladado a la AFP a la que se encontraba afiliado, contrario a lo indicado esta entidad, **no es posible** retornar dichos recursos como lo pretende, ya que al respecto la Corte Suprema de Justicia ha indicado que cuando ello ocurre, tales recursos que son de propiedad del afiliado, deben ser trasladados a órdenes de Colpensiones ante la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y así lo refirió en sentencia SL 1509 de 2021, M.P. Gerardo Botero Zuluaga:

*En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, **y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada** (art. 115 Ley 100/93). (Negrilla fuera del texto original)*

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la

información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

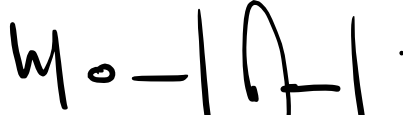
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2021-00119-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: BLANCA NIEVES CARDOZO DE VELÁSQUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES representada legalmente por la Dra. **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.227.003 y tarjeta profesional No. 214.303 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. AMALIA LOAIZA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.117.532.254 tarjeta profesional No 384.062 del C.S de la J., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 06 de octubre del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora BLANCA NIEVES CARDOZO DE VELÁSQUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE CONDENE a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 01 de junio de 2012 hasta el momento en que fue incluida en nómina de pensionados en junio de 2017, junto con la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 01 de marzo de 1952, por lo que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2007; que cotizó un total de 1039.13 semanas en Colpensiones en el período comprendido entre el 15 de abril de 1968 al 31 de mayo del 2012; que el 10 de diciembre del 2012 radicó por primera vez la solicitud de reconocimiento de una pensión de vejez ante Colpensiones, la cual fue negada mediante la Resolución GNR 065922 del 18 de abril del 2013 por no contar con las semanas requeridas; que interpuso recurso de reposición y apelación sin obtener una respuesta favorable; que el 03 de mayo del 2017 solicitó nuevamente el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual le fue reconocida por Colpensiones desde el 01 de junio del 2012 mediante la Resolución SUB 73267 del 23 de mayo del 2017 y le reconoció un retroactivo pensional; indica que no se le reconoció intereses moratorios, ni indexación; que presentó derecho de petición el 02 de agosto del 2017 solicitando el reconocimiento de intereses moratorios sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 11 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no



procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, buena fe y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante BLANCA NIEVES CARDOZO DE VELAZQUEZ a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandante BLANCA NIEVES CARDOZO DE VELAZQUES al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de la demandante, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento que la sentencia no sea apelada.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que en el caso que nos ocupa no existe discusión alguna en cuanto a que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y, que la norma aplicable dentro del régimen de transición era el acuerdo 049 del 1990; tampoco en que la demandante acredita el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 12 de dicha normatividad. Señala que cómo aparece reconocido por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones en la resolución SUB 73267 del 23 de mayo del año 2017 se le reconoce el pago de una pensión de vejez a favor de la demandante con valor de mesada pensional de un salario mínimo legal mensual vigente a partir del primero de junio del año 2012. Que la controversia estriba en cuanto a si hay lugar o no al reconocimiento de intereses moratorios. Que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone que a partir del 01/01/1994 en caso de mora, en el pago de las mesadas pensionales de qué trata esa ley la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el Pago. Respecto del plazo que tenía Colpensiones para proceder



al Reconocimiento pensional debemos estarnos a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 9° de la Ley 797 del año 2003, que dispone que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Aduce que los fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no le han expedido el bono pensional o la cuota parte. Que sobre el carácter de los intereses moratorios, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral en sentencias como la SL 2627 del año 2022 radicación 81092, tiene adoctrinado que los intereses de Marras tienen una naturaleza simplemente resarcitoria que procura aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor. Que en el caso que nos ocupa indica la parte actora que desde el 10 de diciembre del 2012 presentó reconocimiento y pago de la pensión de vejez; que se acredita que la demandante tramitó un proceso ordinario laboral en contra de Colpensiones solicitando el reconocimiento pensional el cual esta ejecutoriado desde el 2014 y en la sentencia del Tribunal se absolvió a Colpensiones y, con este proceso no existe cosa juzgada, pero esto no implica que se esté desconociendo la presunción de acierto de la sentencia proferida en segunda instancia; que para esa fecha no cumplía los requisitos para acceder a la pensión. Que después de esto se corrige la historia laboral y ahora si con el cumplimiento de los requisitos vuelve a solicitar el reconocimiento pensional el **03 de mayo del 2017**; que Colpensiones tenía 4 meses y saca la resolución el 23 de mayo del 2017 reconociendo la pensión, por lo que es claro que no se generaron los intereses moratorios.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que presentaron esta demanda precisamente porque consideraron que el no reconocimiento de los intereses moratorios a la demandante a quien le fue reconocida una prestación mucho tiempo después de haber ella obtenido su derecho, son procedentes, pues la administradora Colpensiones falló al no integrar bien su historia laboral. Que sólo hasta después de haberse presentado un proceso laboral, se dieron cuenta de que faltaban 6 ciclos por



integrar, que fueron desde julio de 1995 hasta el 01/01/1996, cuando tuvo la demandante una relación laboral con un médico.

Que se reclamó a Colpensiones en el 2017 que se corrigiera la historia laboral de la demandante después de una tutela y de un incidente de desacato. Que la demora en el reconocimiento se debió a la negligencia de la administradora, lo cual no puede ser trasladado en ningún momento dado a la afiliada, como así lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones. Que a la demandante se le reconoció su retroactivo, pero no le reconocen los frutos de ese retroactivo, empezando por los intereses moratorios y también por la indexación. Que en el fallo no se habla nada de la indexación.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apelación formulado por la parte demandante.

En el presente asunto, no existió discusión en cuanto a los siguientes puntos: (i) en que la demandante solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez el **10 de diciembre del 2012**; (ii) que Colpensiones mediante la Resolución GNR 065922 del 18 de abril del 2013 le negó el reconocimiento aduciendo que no contaba con las semanas requeridas para acceder a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; (iii) que Colpensiones corrigió la historia laboral de la demandante habilitando los períodos de julio de 1995 a enero de 1996 los cuales había aplicado a períodos anteriores que se encontraban en mora por parte del empleador; (iv) que el **03 de mayo del 2017** la demandante presenta nuevamente reclamación solicitando el reconocimiento de su pensión de vejez y, (v) que mediante la Resolución SUB 73267 del 23 de mayo del 2017 Colpensiones le reconoció a la demandante una pensión de vejez a partir del **01 de junio del 2012** en cuantía de un salario mínimo por cumplir con los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Intereses Moratorios artículo 141 de la Ley 100 de 1993



El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que a partir del 1o. de enero de 1994, **en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales** de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Por su parte, el parágrafo 1° del artículo 9° de la Ley 797 del 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Señalando que los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

Sentado lo anterior, el problema jurídico que nos ocupa radica en establecer si en el presente caso proceden o no los intereses moratorios deprecados en la demanda.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encontramos del recuento que se hizo inicialmente que para el **10 de diciembre del 2012** fecha en que la demandante **solicitó por primera vez** el reconocimiento de su pensión de vejez, contrario a lo que dijo Colpensiones en la Resolución GNR 065922 del 18 de abril del 2013, la actora sí cumplía con los requisitos para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, pues nótese que al reconocerle la pensión mediante la Resolución SUB 73267 del 23 de mayo del 2017 se le reconoce desde el **01 de junio del 2012** y se le reconoció y pago el retroactivo que se había generado.

Ahora, al revisar las pruebas allegadas se evidencia que en la Resolución GNR 065922 del 18 de abril del 2013 con la cual inicialmente se niega el reconocimiento pensional a la demandante, no se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas **de julio de 1995 a enero de 1996**, las cuales conforme se evidencia en la historia laboral expedida por Colpensiones el 25 de noviembre del 2015 si fueron reportadas y pagadas por el empleador



“PALOMARES DE FRANSIS” sin embargo, no fueron habilitadas por Colpensiones bajo la observación “pago aplicado a períodos anteriores”, períodos anteriores que se encontraban en mora por parte del empleador y, de los cuales no aparece prueba que hayan sido cobrados por Colpensiones para la fecha en que se solicitó inicialmente el reconocimiento pensional.

Respecto de lo anterior, es necesario recordar que frente a la diligencia y cuidado de las administradoras del Sistema General de Pensiones, en cuanto a las acciones de cobro de aportes en mora la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha enseñado entre otras en la sentencia SL 2163-2022 lo siguiente:

“A efectos de absolver el problema jurídico planteado, conviene reiterar lo dicho por la Sala de Casación Laboral sobre la obligación de las entidades administradoras de cobrar los aportes en mora. En este punto el precedente ha sido muy claro en señalar que existe dicha obligación por cuanto son entidades que administran los recursos pensionales de sus afiliados, esto conforme a la habilitación dada constitucionalmente al gobierno de delegar la prestación del servicio público de la seguridad social en entidades tanto públicas como privadas (CSJ SL 5665-2021).

Y, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 656 de 1994 por ser prestadoras de un servicio público esencial, las entidades tienen una diligencia superior a la de cualquier otra actividad, de manera que, el regulador determinó que debían desarrollar sus funciones de manera eficiente, eficaz y oportuna, y su responsabilidad, ante su inobservancia, los hace responsables de los perjuicios que se le puedan causar a sus afiliados. Y no puede trasladar las consecuencias al trabajador (CSJ SL 51513-2020 y SL 5665-2020).

Vistas así las cosas la conclusión es que «no es dable trasladar al trabajador las consecuencias del no pago del aporte por parte de su empleador, así como que la administradora tiene el deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes a efectos de persuadir al aportante incumplido de honrar su obligación. Sin embargo, en aquellos eventos en que la administradora no demuestre haber adelantado, o no adelante en debida forma u oportunamente las acciones de cobro frente a los aportes tardíos, será la directa obligada al reconocimiento de la prestación por su inacción» (CSJ SL 5665-2021)».



Por tanto, es claro que la obligación de cobrar los aportes en mora era de Colpensiones y no se puede imputar al afiliado las consecuencias derivadas de la negligencia del fondo de pensiones, por lo que Colpensiones desde la primera solicitud elevada por la actora debió haber accedido al reconocimiento pensional, pues para dicha data ya contaba con los requisitos exigidos para acceder a una pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Para estos casos, de cobro de aportes en mora la CSJ entre otras en la sentencia SL 2322-2023 ha indicado la procedencia del reconocimiento y pago de intereses moratorios.

Entonces, contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, el término que tenía Colpensiones de 4 meses para reconocer y pagar la pensión a la demandante, se debe contabilizar desde la primera reclamación elevada el **10 de diciembre del 2012**, pues para dicha data ya la demandante cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y, se reitera, no se puede perjudicar a la demandante, pues era Colpensiones quien tenía la obligación de realizar el cobro de aportes que se encontraban en mora por parte del empleador.

Por tanto, conforme lo establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 procede el reconocimiento y pago de intereses a partir del **11 de abril del 2013**, sobre el retroactivo pensional generado por las mesadas causadas entre el 01 de junio del 2012 y el 30 de junio del 2017 fecha en que la demandante fue incluida en nómina de pensionados. Dichos intereses proceden hasta la fecha en que se efectuó el pago que según la Resolución SUB 73267 del 23 de mayo del 2017 lo fue en la nómina de junio del 2017.

Ahora, teniendo en cuenta que Colpensiones propuso la excepción de prescripción, debemos remitirnos a los artículos 488 del CST y el artículo 151 del CPT y de la SS, el cual establece un término de 3 años que se contarán desde que la respectiva obligación se hizo exigible. En este caso, la demandante presentó la reclamación del **02 de agosto del 2017** solicitando



el reconocimiento de intereses moratorios, con la cual interrumpió la prescripción, sin embargo, sólo radicó la presente demanda el 09 de marzo del 2021, pasados los 3 años que tenía para interponerla, por lo que es claro que los intereses moratorios reclamados se encuentran prescritos y se debe absolver a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pero por las razones aquí expuestas. Siendo claro que la misma suerte corre la indexación reclamada pues se encuentra prescrita, por lo que no hay lugar a impartir ninguna condena en contra de Colpensiones. **Sin costas** en esta instancia.

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

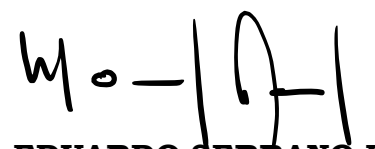
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2019-087-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 4 de octubre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación por ineficacia del traslado y afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante la omisión de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., del deber profesional de información, que se ordene su traslado y afiliación a Colpensiones, manteniendo su régimen pensional anterior al momento del traslado al fondo privado, como si nunca se hubiese ido de dicho régimen, que se ordene a Colfondos S.A., la devolución a Colpensiones de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación o traslado del demandante, como cotizaciones y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro.

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Colfondos S.A., en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a la Litis, a seguir pagando la misma a la demandante hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que el demandante no quede desprotegido de su derecho pensional.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a partir del 14 de noviembre de 1998, que como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados de pensiones se trasladó del régimen pensional en el que se encontraba al RAIS, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., el 15 de marzo de 2001, que Colfondos S.A., a través de su promotor al momento de la afiliación y traslado solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para la afiliación sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado, que Colfondos S.A., no le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el RPM como en el RAIS de trasladarse, que Colfondos S.A., no le indicó hasta qué edad debía cotizar en el fondo privado de pensiones y con qué salarios, para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS hoy Colpensiones o en el fondo o caja en que estaba.

Refiere que no se le informó cuánto capital ahorrado se exige para tener una pensión de salario mínimo en el fondo privado de pensiones, que Colfondos S.A., no le indicó que si quería pensionarse en el fondo privado de pensiones antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional que entregaba la entidad pública en la que estaba afiliado, y que esa situación traía como resultado la disminución del valor de su pensión ni



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

tampoco que de tener cónyuge o compañero(a), o un hijo discapacitado, o menor de edad, el monto de su pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba, que no se le comunicó que tenía derecho a retractarse de la afiliación al fondo privado, que no se le entregó información suficiente y veraz para tomar la decisión de trasladarse de su régimen pensional al RAIS, que Colfondos S.A., no le indicó que de afiliarse al fondo privado iba a perder el régimen de transición.

Expone que los fondos privados de pensiones y del cual hace parte el demandado, con el objeto de que las personas se afiliaran al RAIS publicitaron información que faltaba a la verdad u ocultaron la misma, que Colfondos S.A., al momento de la afiliación y traslado de régimen el 15 de marzo de 2001, no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen, tornándose dicho traslado en nulo o ineficaz, que solicitó a Colfondos S.A., que le diera copia de los documentos que le entregó para haber tomado la decisión del traslado de régimen, que Colfondos S.A., no le entregó los documentos o pruebas solicitadas, que solicitó a Colpensiones la anulación del traslado y otras peticiones esta última no ha dado respuesta, que petitionó a Colfondos S.A., que anulara su afiliación al RAIS y procediera a la devolución y traslado del demandante al RPM administrado por Colpensiones de no estar en transición, que Colfondos S.A., dio respuesta negando la anulación de la afiliación y demás peticiones.

Por último, indica que en el evento de haber seguido cotizando en el RPM y no haberse trasladado al RAIS, el monto de su pensión a la fecha de cumplimiento de requisitos sería aproximadamente de \$11.733.326, mientras que en Colfondos el valor de la pensión sería de \$3.802.610, de acuerdo con el estudio comparativo de cálculo actuarial realizado entre el RAIS y el RPM o el régimen en el que se encontraba al momento del traslado, generándose una diferencia en el monto mensual de la pensión que dejaría de percibir equivalente a \$7.930.716, que de acuerdo con el estudio aportado, resulta evidente la diferencia entre el monto de la pensión en el RAIS y la que podría obtener en Colpensiones, “siendo esta última superior”, que Colpensiones no ha realizado la afiliación y traslado del demandante al régimen pensional como se ha solicitado, que los fondos privados de pensiones demandados no han realizado la anulación de la afiliación a RAIS, ni el traslado del demandante a Colpensiones, como se ha solicitado, que actualmente se encuentra cotizando



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

para pensiones en la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colfondos S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los numerales 16, 17, 21, 22 y 27, no constarle los No. 1, 19, 20 y 23 a 26 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominado o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los No. 1, 17, 24 y 25, negó el No. 18 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

Las litisconsortes **Skandia AFP y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, no se opusieron ni allanaron a la prosperidad de las pretensiones en cuanto a los hechos, manifestaron no constarle. Propusieron las excepciones de fondo que denominaron el acto jurídico de afiliación al RAIS, y los de sus posteriores traslados horizontales entre AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al ampro del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

régimen pensional por estar en el período de carencia y reconocimiento oficioso de excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por el ciudadano **Octavio Ortiz Cárdenas** a la **AFP Colfondos** suscrita el 15 de Marzo de 2021 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el ciudadano **Octavio Ortiz Cárdenas** nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida de conformidad a las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la **AFP Colfondos** sociedad con la cual el demandante mantiene vigente su afiliación, trasladar a **Colpensiones** todos los haberes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con rendimientos que se hubiesen causado, los gastos de administración y las sumas que se hayan sufragado por concepto de primas previsionales, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: ORDENAR a **Colpensiones** a emitir el traslado del ciudadano **Octavio Ortiz Cárdenas** con sus aportes al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la llamada en garantía **Mapfre** del llamamiento en garantía por parte de **AFP Skandia** de conformidad con los argumentos expuestos en la presente sentencia.

SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva de acuerdo con los argumentos expuestos en la presente sentencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas únicamente a las dos **AFP** del régimen de ahorro individual con solidaridad a saber **Colfondos** y **Skandia**, líquidense por secretaria inclúyanse en ellas la suma de dos millones de pesos (**\$2.000.000**), a razón de un millón de pesos por cada una de las condenadas, valor en que se estiman las agencias en derecho, de acuerdo a los argumentos normativos esbozados en la presente providencia. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que las pretensiones de la demanda cuentan con vocación de prosperidad y no las del llamamiento en garantía por los siguientes argumentos:

Refirió que el Sistema General de Seguridad Social Integral en Pensiones fue implementado a partir de la Ley 100 de 1993, el cual empezó a regir a partir del 1 de abril de 1994, estableciendo para dicho momento y que en la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

actualidad se mantienen dos regímenes pensionales; el primero, denominado RPM, que actualmente es administrado por Colpensiones y, el segundo, el RAIS administrados por las AFP de carácter eminentemente privado, y continuado con la premisa normativa debe remitirse al artículo 13 en su literal b) establece el derecho que le asiste a los trabajadores y demás afiliados al sistema de escoger libremente entre uno y otro régimen pensional, los cuales para tal efecto deberán manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, tal como en apariencia lo hizo el demandante Ortiz Cárdenas para el período de cotización marzo de 2001, específicamente el 15 de marzo.

Tampoco se podía desconocer el precedente jurisprudencial asentado ya doctrina probable, más de tres pronunciamientos en el mismo sentido por el órgano de cierre de esta jurisdicción y corporación en sentencias desde el año 2008, donde se puede destacar la de Rad. 31989 y que se ha mantenido hasta esta calenda, más de 20 pronunciamientos en el mismo sentido haciendo relevancia la 1452 de 2019, en donde ha sostenido de forma correlativa el deber por parte de las administradoras del RAIS del buen consejo, entendido este como la necesidad de suministrar al potencial afiliado la información e ilustración suficiente en aras de darle a conocer a aquel los beneficios e inconvenientes que comporta el traslado de régimen pensional, y aún a llegar si fuera el caso a desanimarlo de tomar una opción que claramente lo perjudicaría, como es el caso de la pérdida del régimen de transición pensional; situación esta o deber de información que también encuentra su regulación desde el año 1993, con el decreto reglamentario de la Ley 100 y también desde 1994, artículo 11 del Decreto 693.

Refirió que el despacho no estaba de acuerdo con la premisa jurisprudencial asentada por el órgano de cierre de esta jurisdicción y de esta especialidad, toda vez que se estudiaba la perspectiva para resolver estos pedimentos desde una nulidad del acto jurídico haciendo un estudio de los parámetros normativos y jurisprudenciales en aras de verificar y determinar una nulidad que no se encuentra, se acreditan todos los requisitos normativos para la viabilidad y validez del acto jurídico y se apartaba del término asentado o adoctrinado de la ineficacia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

No obstante lo anterior, desde mayo del año 2020, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral dejó claro que no obstante el trabajo de hermenéutica jurídica y de argumentación desplegado para la resolución de estos casos, era deber y se conminó a este despacho dar cumplimiento al precedente jurisprudencial en lo que respecta a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional en donde para todos los casos se debía abordar desde la órbita de la carga de la prueba, la cual debería acreditarse por parte de los fondos vinculados o pertenecientes al RAIS, los cuales deberían acreditar con suficiencia la información que le suministraron al potencial afiliado al momento de haberse llevado a cabo el cambio de régimen pensional, advirtiendo que desde esta perspectiva se abordará la resolución de los pedimentos que aquí se ventilan.

Así las cosas, los fondos accionados únicamente se limitaron a allegar formulario de afiliación del actor, suscrito para 15 de marzo del año 2001, cuando se trasladó de régimen pensional siendo en lo demás notorio el material probatorio tendiente a demostrar el deber de información pues repárese que la declaración de parte, de las 17 preguntas que se hicieron por la apoderada Skandia, las 4 que se efectuaron por la apoderada de Colpensiones, no hubo interrogatorio por parte de Colfondos ni por parte de la llamada en garantía, ningún hecho fue susceptible de confesión que lo favoreciera, por el contrario, el demandante afirmó en esta diligencia que no hubo asesoría, se pudo establecer que conoce unas características, unos parámetros palmarios del RAIS como lo fue llevar unos aportes o un ahorro adicional en su cuenta de ahorro individual, de lo demás fue nugatorio.

La carga demostrativa por parte de los fondos en aras de establecer si le suministraron con suficiencia las características entre un régimen pensional y el otro, tal como lo ha asentado la Corte Suprema de Justicia; así, era claro que los fondos accionados no demostraron el contenido y alcance de la información suministrada al actor al momento de efectuar su traslado del RP al RAIS, con lo que incumplieron la carga probatoria que les incumbía, no surgiendo entonces alternativa distinta que declarar la ineficacia de la afiliación celebrada por el demandante Octavio Ortiz Cárdenas a la AFP Colfondos S.A., suscrita el 15 de marzo de 2001, misma manifestación respecto de Skandia, debiendo entenderse que para todos los efectos legales



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

el aquí demandante Ortiz Cárdenas nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre ha permanecido en el RPM.

Como consecuencia lógica de lo anterior, se debía ordenar a la AFP Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante Octavio Ortiz Cárdenas, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, como los gastos de administración y las sumas por concepto de seguros previsionales, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia que ha venido modificando las providencias en las cuales no se ordenaba el retorno de sumas por dichos conceptos y a su vez, correlativamente, se ordenará a Colpensiones admitir el traslado con sus aportes, tal y como quedará resuelto en la parte resolutive del presente proveído.

Una vez resuelto el litigio en lo que corresponde a la ineficacia del traslado del demandante y las consecuencias del mismo, en cuanto a la responsabilidad del Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., como llamada en garantía de la vinculada como litisconsorcio necesario, en calidad de pasiva, Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A., la premisa normativa que regula tal figura es el artículo 64 del CGP. En tal sentido, la AFP Skandia argumenta que con la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., celebró un contrato de seguro previsional cuyo fin era cubrir las sumas adicionales correspondientes a los pagos derivados de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados, de ahí que solicita que en caso de que sea declarada la ineficacia del actor del RAIS al RPM deberá ser esta aseguradora la que devuelva la prima pagada por el seguro previsional objeto del contrato y que cobija los intereses del actor, contenida dentro de los gastos de administración.

Ahora bien, sobre los gastos de administración, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, al definir el monto y distribución de los aportes pensionales; así mismo, no se puede desconocer la premisa jurisprudencial asentada por el órgano de cierre de esta jurisdicción y de esta especialidad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentencia SL 4360 de 2019, observándose que la contratación de los seguros previsionales por parte de las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administradoras es una obligación de carácter eminentemente legal, teniendo como fin en sí mismo efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, tal y como lo determina el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, de ahí que resulta improcedente condenar por dicho concepto a una sociedad que no sea una administradora de fondos pensionales, en estricto sentido, ante la ausencia de la relación sustancial o material que exige el llamamiento de garantía frente a las obligaciones deprecadas pues se estaría contraviniendo lo ya indicado por el órgano de cierre de esta jurisdicción frente a quien le corresponde la devolución de dicho monto, de conformidad con la jurisprudencia antes señalada y que no ha sido modificada, debiéndose absolver a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., de cualquier concepto por el cual deba responder Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A.

Por las resultas del proceso, declaró no probados los hechos sustento de las excepciones planteadas por la pasiva, particularmente la de prescripción sin llegar a desconocer que existe un término trienal para las reclamaciones de esta especialidad laboral y seguridad social, no obstante, la solicitud de la declaratoria de ineficacia del traslado se encuentra sujeta o atada a la del reconocimiento de un derecho a la seguridad social en pensiones, el cual es imprescriptible bajo los postulados del ordenamiento jurídico.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** recurrió solicitando se revoque la decisión tomada en primera instancia y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta: 1) La prohibición legal para retornar al RPM; 2) Vicios en el consentimiento, su no configuración; 3) No desconocimiento del precedente jurisprudencial y, finalmente, el principio de sostenibilidad financiera, como quiera que en el transcurso del proceso, se logró evidenciar que el señor Octavio Ortiz Cárdenas a la fecha de la solicitud de afiliación a Colpensiones, esto es, con el derecho de petición presentado el 27 de octubre del año 2018, ya contaba con 66 años de edad, por lo cual se encontraba en una prohibición legal para retornar al RPM administrado por Colpensiones, conforme a lo contemplado por en Ley 100 de 1993.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

No se avizoró que se hayan configurado los vicios del consentimiento de acuerdo a lo contemplado en el artículo 1508 del Código Civil para que se presumiera que existió una nulidad en la afiliación tal y como lo afirma el demandante y, por lo tanto, que la suscripción del formulario de afiliación gozó de algunos de estos vicios como lo son el error, fuerza y dolo, En cuanto al precedente jurisprudencial si bien Colpensiones no lo desconoce, si aplica su normatividad legal vigente le da la validez a la norma jurídica y esto es porque la Corte Suprema de Justicia le da la aplicación al deber de información conforme al Decreto 663 de 1993. Sin embargo, deja de lado que este deber solamente se materializó con las normas expedidas en el año 2014, y 2015, es decir, hasta estos años se les impuso la obligación tanto a los fondos privados como a Colpensiones de hacer una doble asesoría; antes, entre el año 1993, y el año 2014, no se exigía nada diferente al documento de afiliación donde constara la plena intención del afiliado de permanecer en el RAIS, siendo para el caso del demandante que realizó el traslado en el año 2001, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los apoderados en supuestos. Por tales motivos es que Colpensiones se aparta del precedente jurisprudencial, y por lo tanto considera que no se debería declarar la ineficacia del traslado por un afiliado que estuvo tantos años afiliado al RAIS y no puede ahora afirmar que desconocía sobre las ventajas, los derechos y obligaciones que ostenta en el RAIS.

Finalmente, solicita tener en cuenta la sentencia SL 1061 del 22 de febrero de 2021, que manifiesta respecto de los actos de relacionamiento y el rol en los traslados horizontales dentro del RAIS, de manera sucinta, que si un afiliado presenta este tipo de actos de relacionamiento, como es el caso que hoy se ocupa, donde el demandante se trasladó de Colfondos a Skandia pues se puede inferir que le asiste voluntad y consentimiento al demandante de seguir en el RAIS y, por lo tanto, no le asistía la voluntad de retornar al régimen de Colpensiones.

Que la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen afectaba gravemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, en múltiples sentencias la Corte Constitucional así lo ha dejado sentado y para especificar una en la SU 130 de 2013, la Corte Constitucional en materia de traslado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

manifestó que nadie podía resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a otro esquema, dado que el RPM se descapitalizaría, es así que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Solicita subsidiariamente en caso de no acogerse a los fundamentos jurídicos y facticos expuestos, en caso de confirmarse la sentencia, se condicione el cumplimiento de esta por parte de Colpensiones previo a la devolución de la totalidad de la cuenta de ahorro individual del demandante por Colpensiones y Skandia, con todas las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima y gastos de administración y todos los demás emolumentos a los que hubiera lugar, los cuales deben ser reintegrados e indexados por el periodo en que permaneció el demandante en los fondos privados, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia judicial hasta que los fondos de pensiones reintegren los recursos y actualicen los datos del demandante en la respectiva base de datos y se actualice su historia laboral.

Peticiona la no condena en costas a Colpensiones, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causó un daño justificado por un contrato suscrito entre dos partes ajenas a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS, se circunscribe a la anulación por ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., el 15 de marzo de 2001, como se verifica de copia de dicha documental allegada por el demandante y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que efectuara el actor a la AFP Skandia, el 19 de abril de 2013, y retornando nuevamente a Colfondos S.A., el 28 de mayo de 2014, donde permanece afiliado, de conformidad con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por Colfondos S.A.

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Octavio Ortiz Cárdenas, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 2001; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude la recurrente Colpensiones, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

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

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

En cuanto a la absolución de condena en costas que petitiona Colpensiones, no se modificará esta por cuanto en los términos del artículo 365 del CGP,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

esa entidad resultó vencida en juicio, ya que en su contra se imponen obligaciones.

Por último y como lo refirió esta, deberá dar cumplimiento a la sentencia, una vez reciba los recursos objeto de traslado, pues sin ello, no es posible actualizar la historia laboral del actor.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2001**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900087-01 Dte.: OCTAVIO ORTIZ CÁRDENAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2019-492-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LILIAN LUNA NEISA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora PAOLA ANDREA OROZCO, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colfondos S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 4 de noviembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LILIAN LUNA NEISA por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por omisión en el deber de información,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que se establezca que continúa afiliada al RPM, que Porvenir S.A., se sirva a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como consecuencia de tales declaraciones peticona se ordenen las condenas que resulten de la aplicación de los principios extra y ultra petita y se condene a Porvenir S.A., al reconocimiento y pago de las costas incluyendo agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 4 de marzo de 1963, que inició a cotizar al Sistema General de Pensiones el día 13 de septiembre de 1983, al ISS hoy Colpensiones, que laboró con el Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal, durante el período del 22 de mayo 1996, hasta el 27 de abril de 2019, durante este período efectuó cotizaciones al ISS a la Fondo de Pensiones Colfondos S.A., que laboró para la Fiscalía General de la Nación, desde el mes de marzo de 2011, hasta el mes de mayo de 2018, que de acuerdo al reporte de semanas expedido por la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se desprende que la afiliada Lilian Luna Neisa, 29 de mayo de 2019, cuenta con un total de semanas al RPM de 191 semanas; a otros fondos 300 semanas y a Porvenir S.A., 752 para un total de 1.243 semanas, que de acuerdo con el reporte emitido por Porvenir S.A., figura con un capital acumulado de \$234.215.090.

Refiere que Porvenir S.A., el pasado 29 de mayo de 2019, efectuó el cálculo actuarial estableciendo en la modalidad de retiro programado una mesada aproximada a los 57 años de edad es de \$828.116, es decir, que tiene derecho a una pensión mínima de garantía ya que no reúne el capital mínimo para obtener una pensión de vejez, que verificado el IBC durante los últimos 10 años, se establece que el IBL al 29 de mayo de 2019, asciende a \$4.975.253, que teniendo en cuenta el IBL y las semanas cotizadas por la afiliada, se puede establecer que al momento de adquirir el derecho a la pensión de vejez en el RPM, tendría derecho a una pensión aproximada de \$3.233.914, que se tiene probado que se trasladó del RPM al RAIS al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos y, posteriormente, a Porvenir S.A., desde el 24 de junio de 2003, donde actualmente se encuentra afiliada.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Indica que al momento de realizar el traslado de régimen no recibió asesoría en la que se le informará con claridad y precisión las consecuencias del cambio de régimen, en explicarle las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales existentes al momento del traslado, que Porvenir S.A., violó el deber de información y los principios de buena fe y transparencia al no dar una información completa y especializada sobre los riesgos de trasladarse del RPM al RAIS, que firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación, este acredita el consentimiento pero no informado, que por la omisión en el deber de información por parte de la AFP Porvenir S.A., se ve afectada en el mínimo vital, ya que con el capital acumulado y de contar con más de 1.300 semanas, no alcanza a tener derecho a una pensión de vejez sino que tiene que ser beneficiaria de la pensión mínima de garantía que es de un salario mínimo legal mensual vigente cuando realmente si hubiera sido informada en debida forma tendría una pensión mayor a la que podrá llegar a tener en el fondo privado.

Por último, expone que mediante correo certificado de fecha 25 de junio de 2019, se solicitó a Porvenir y a Colpensiones, dejar sin efecto la afiliación al RAIS, por estar viciado el consentimiento, que el 27 de junio de 2019, Colpensiones negó la solicitud de dejar sin efectos el traslado de régimen realizado por la actora a la AFP Porvenir S.A., que mediante correo certificado de fecha 18 de julio de 2019, se reiteró la petición ante Colpensiones de dejar sin efecto la afiliación al RAIS por estar viciado el consentimiento de la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 9 parcialmente y 16 a 18 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Por otra parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle los No. 1 a 4, 11 y 16 a 18, no ser un hecho el No. 14 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Colfondos S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó los No. 11 y 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 1 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que LILIAN LUNA NEISA efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A...; PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberán devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

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

QUINTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A y en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a un (1) SMLMV. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que si bien es cierto tal y como se ha sostenido en los alegatos presentados por las partes que la demandante realizó el primer traslado de régimen del ISS a Colfondos el 8 de agosto de 1995, pues así se ha sostenido y aceptado dentro de este proceso como quiera que fue reconocido también por las partes y se ha manifestado en sus alegaciones, especialmente por Colfondos que dentro del proceso no se aportó el formulario de afiliación y solamente se extraía de la misma información que aparece en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión – SIAFP.

Ahora, la demandante tuvo un segundo traslado horizontal dentro del RAIS, lo que aconteció el 21 de marzo de 2001, cuando se trasladó a Pensiones y Cesantías Santander, que luego se transformó a ING y que actualmente es Protección S.A., en la cual se indicó que el fondo anterior era Colfondos, y un tercer y último traslado de régimen dentro del RAIS, lo cual sucedió el 24 de junio de 2003, esto es, a Porvenir S.A., y según se extrae de la información de la página del SIAFP se observan los traslados que tuvo la demandante dentro de este régimen.

También, como lo sostuvieron las demandadas si se acepta que para la fecha en que la demandante realizó ese traslado del RPM al RAIS no se había expedido no se había expedido el Régimen de Protección al Consumidor Financiero – Ley 1328 de 2009, o la Ley 795 de 2013, que ajustó algunas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o el mismo Decreto 2071 de 2015, sobre Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Seguridad Social Integral, y para esa época no existía una obligación de conservar prueba documental o escrita por algún otro medio o grabación de la asesoría dada al afiliado que se trasladaba, esto en ningún momento puede ser indicativo de la existencia del deber de información atendiendo el postulado de buena fe y confianza legítima de las relaciones negócias y atendiendo al contenido de algunas normas que le imponían deberes de información a los fondos de pensiones y que se encontraban plenamente vigentes para ese momento, es decir, para la época del traslado o cambio de régimen pensional por parte de la aquí demandante, pues se debe señalar que para ese momento estas normas se encontraban plenamente vigentes, lo cual ha sido reconocido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ha sido aceptado por las mismas demandadas en los alegatos de conclusión, así se encuentra en las sentencias SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, y SL 373 de 2021.

Se observaba que la demandante realizó el primer traslado del ISS, actualmente Colpensiones, a Colfondos, esto es al RAIS el 8 de agosto de 1995, si bien el formulario no había sido aportado al plenario esta información o manifestación no había sido desconocida y se corroboraba con consulta SIAFP quedando probados los traslados que realizó la demandante dentro del RAIS el 29 de marzo de 2001, a Pensiones y Cesantías Santander, luego convertido en ING y después Protección S.A. y un tercer último traslado dentro el 24 de junio de 2003, a Porvenir S.A., tal y como da cuenta la documental ya mencionada. Igualmente.

Frente al deber de información y atendiendo lo que se ha señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Laboral, se podía advertir que en su momento el primer fondo ante el cual se trasladó la demandante, esto es, Colfondos S.A., no suministró la información pertinente que ilustrara a la demandante al momento del traslado, tal y como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral cuando ha señalado, entre otras, que esta manifestación negativa del afiliado cuando señala que no tuvo la suficiente información que le permitiera tomar una decisión debidamente ilustrada al momento de realizar ese traslado, esto ha sido atendido por la CSJ como una negación indefinida y que por disposición del último inciso del artículo 167 del CGP, aplicable por remisión del artículo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

145 del CPTSS, traslada o invierte la carga de probar la situación contraria a las administradoras de fondos de pensiones, es decir, que si brindó la adecuada y suficiente asesoría e información para que el afiliado tomara esa decisión debidamente ilustrada.

Que de conformidad con las pruebas aportadas y practicadas dentro del proceso, Colfondos S.A., la primera administradora ante la cual se realizó ese traslado o cambio de régimen pensional no allegó alguna prueba relacionada que permita acreditar que si cumplió con el deber de información, por lo que se debía concluir que efectivamente hubo una omisión injustificada de dicho fondo de pensión, toda vez que el simple diligenciamiento, suscripción y entrega del formulario de afiliación es insuficiente para estimar la eficacia del traslado de régimen pensional como lo ha sostenido la CSJ en la sentencia SL 1421 de 2019, SL 373 de 2021, pues no basta para dar por entendido que la afiliada cuenta con elementos de juicio suficientes para entender la trascendencia de la decisión consistente en el cambio de régimen pensional la simple suscripción del formulario de afiliación.

En el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de Colfondos, esta simplemente reconoció que no cuentan con ningún archivo ni siquiera con el formulario de afiliación, asume que en esa época los asesores dieron la información adecuada pero sin que tenga conocimiento o prueba que pueda respaldar dicha manifestación, en el absuelto por la demandante a instancias de las demandas, se observaba que en ninguna de estas preguntas logra obtener una confesión adversa a los intereses de la demandante, donde ella acredite o acepte que efectivamente recibió una asesoría adecuada en el momento que realizó el traslado o cambio de régimen pensional del RPM al RAIS, por el contrario, se desprendía que la demandante, inicialmente, cuando hizo su traslado del RPM al RAIS a través de Colfondos, simplemente fue por gestión de la empresa en la que se encontraba la que le solicitó que hiciera ese traslado porque para ese momento la manifestación que se hacía era que el ISS se iba a acabar y podían ver vulneradas las expectativas pensionales que pudieran tener. También, otra situación que manifiesta la demandante es que en ese momento no recibió ningún tipo de asesoría frente a las preguntas que le fueron manifestadas o realizadas, claramente negó que no recibió asesoría frente a la diferencia entre uno y otro régimen, haber sido ilustrada sobre la forma en que podía llegar a la pensión en el RAIS, entre otras circunstancias



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que le fueron preguntadas y que la demandada manifestó desconocer y que simplemente se limitó a suscribir un formulario.

Frente a los traslados del régimen horizontales dentro del RAIS, la señaló que cuando tenía un cambio de empleador simplemente con los documentos que llenaba se le ponía de presente el formulario para que continuara en el RAIS pero lo cual conllevaba era un cambio de administradora de fondos de pensiones ante lo cual ella no prestó atención suficiente, pues entendía que ella seguía dentro del régimen pensional, es decir, seguía cubierta en lo que a pensión correspondía, no observándose ningún ánimo de mentir y de defraudar la confianza dentro de este proceso; simplemente, con el transcurso del tiempo, no se podía pretender que la demandante con total precisión indique y sepa que Santander era un fondo de pensiones, que luego se convirtió a ING y que después esta se convertiría en el actual fondo de pensiones Protección S.A.

Frente al el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS o que hubiese realizado traslado horizontales dentro del mismo y con ello, esto no daba a entender que era su intención permanecer en el mismo y que lo que busca es un beneficio económico afirmaciones que no habían sido probadas en el proceso, por el contrario, el ánimo de la demandante fue que ella consideró que siempre estaba afiliada en lo que a materia pensional correspondía y, finalmente, cuando fuese a solicitar su pensión independientemente del régimen que fuera le iba a ser reconocida esta pero que no tuvo el conocimiento o la información suficiente al momento de realizar el traslado sobre cuáles podían ser esas consecuencias futuras de trasladarse de uno a otro régimen. Ahora, con esto, las consecuencias deben ser que efectivamente no hubo la suficiente información atendiendo a lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y como consecuencia de ello pues es la de declarar la ineficacia conforme al artículo 171 de la Ley 100 de 1993, de ese traslado inicial pues esta afecta todos los traslados que la misma demandante realizó dentro del RAIS y ella debe conservar nuevamente esa libertad para trasladarse al régimen que ella considere.

Ahora, frente a las excepciones planteadas especialmente la que tiene que ver con la de prescripción, entre otras y la manifestada por Colpensiones que no se debe permitir su regreso, pues eso conllevaría a la descapitalización del Sistema de Régimen de Prima Media con Prestación Definida; señala el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

despacho que estas no tienen vocación de prosperidad pues lo que se está pidiendo no es un simple traslado de régimen pensional contraviniendo la regla de limitación temporal de los 10 años sino que lo solicitado y lo que se pretende y debate es el incumplimiento del deber de información y las repercusiones o consecuencias jurídicas que conlleva ello y Colfondos S.A., actuó desconociendo estas obligaciones que han sido reiteradas jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia; también se ha señalado por la Sala Laboral de la CSJ ha determinado que este tipo de decisiones, en nada afectan el principio de sostenibilidad fiscal o financiera del Sistema General de Pensiones, puesto que los recursos que se deben reintegrar a los fondos privados accionados a favor de Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional y con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad que se generen erogaciones no previstas en el. Así lo señaló la CSJ en la sentencia SL 2877 de 2020.

También sobre la prescripción, esta no tenía vocación de prosperidad como quiera que se encuentran inmersos en estas pretensiones derecho fundamentales pensionales con carácter de irrenunciables e imprescriptibles de la accionante, tal y como lo ha señalado la CSJ en la sentencia SL 1421 de 2019.

Sobre las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, se aplicaran aquellas que ya han sido indicadas por la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Laboral como en la sentencia SL 4989 de 2018, por lo que deberá Colfondos S.A., así como las otras administradoras vinculadas a este proceso, es decir, Porvenir y Protección S.A., devolver de su propio patrimonio durante el tiempo que la demandante permaneció afiliada a cada una de dichas administradoras de fondos de pensiones, los detrimentos sufridos por los recursos administrados incluyendo gastos de administración, como lo señaló la CSJ en la sentencia SL 1689 de 2019, y SL de Rad. 19222 de 2021, así como las comisiones y primas de seguros previsionales en que hubiesen incurrido. Como quiera que la demandante solicita su retorno al RPM, se accederá a dicha pretensión y se dispondrá que esta AFP la acepte y actualice y corrija su historia laboral conforme a los dineros que le sean trasladados del RAIS. Además, se ordenará a Porvenir S.A., fondo en el que actualmente se encuentra afiliada la demandante, realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el SIAFP, esto es, anulación a través del mantis y entregar a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Colpensiones el archivo y el detalle de los aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indica que para el caso en concreto la señora Lilian a la fecha de solicitud del traslado del RPM ya contaba con la edad para adquirir la pensión de vejez, por lo tanto no era viable retornar al RPM administrado por Colpensiones, teniendo en cuenta la prohibición contemplada en la Ley 797 de 2001, que la afiliación efectuada por esta al RAIS, en primera instancia, a Colfondos el 8 de agosto de 1995, tenía plena validez y la afirmación de los vicios del consentimiento del traslado y la omisión de información vital para haber efectuado del cambio de régimen, no tienen vocación de prosperidad de conformidad a lo contemplado en el artículo 1508 del Código Civil.

Por otro lado, y en cuanto el precedente jurisprudencial es menester informar que Colpensiones no desconoce el precedente jurisprudencial. Sin embargo, si se aparta del mismo teniendo en cuenta que la CSJ utiliza como emblema de aplicación el deber de información contemplado en el Decreto 663 de 1993, sin embargo, ese deber sólo se materializó por la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, así las leyes que surgieron entre el año 1993, y el año 2014, en estas normas no se exigía nada diferente al documento de afiliación en donde constara la plena intención del afiliado de permanecer al RAIS, siendo para el caso de la demandante que realizó el respectivo traslado de 1995, y el cual se entiende se ratificó posteriormente con los demás traslados realizados en el mismo RAIS. Por lo tanto, imponer cargas adicionales a las previstas a las leyes de la época constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los operadores judiciales en supuestos.

Por otra parte, la línea jurisprudencial emanada de la CSJ Sala Laboral, había señalado en varios pronunciamientos respecto de los traslados horizontales dejando sentado que los demandantes que se evidencien que han tenido un traslado o se han venido haciendo estos cambios entre el mismo RAIS, se puede dilucidar que le asistía su voluntad de permanecer al RAIS y, por lo tanto, no retornar al RPM, para el caso en concreto se tiene que tuvo su afiliación primogénita en Colfondos en agosto de 1995, posteriormente, se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

trasladó a ING hoy Protección en mayo de 2001, y finalmente, el 24 de junio de 2003, se traslada a Porvenir y por este motivo se puede dejar sentado que la demandante durante estos años asintió que siguieran haciéndole sus aportes a su cuenta de ahorro individual y, por lo tanto, no quiso retornar al RPM.

Finalmente, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera solicita tener en cuenta la SU 130 de 2013, emanada por la Corte Constitucional, la cual manifestó en materia de traslado que nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, pues el RPM se descapitalizaría, como petición subsidiaria, solicita de confirmarse la decisión se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por parte de los fondos de pensiones según corresponda Colfondos, Protección y Porvenir S.A., con todos los emolumentos a saber cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y los demás a los que hubiera lugar, los cuales deber ser devueltos debidamente indexados por todo el período que permaneció la afiliada a los fondos privados y este petición se realiza como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto los fondos de pensiones reintegren los recursos y se actualice la base de datos de la demandante, así como su respectiva historia laboral, se confirme la absolución de condena en costas y se autorice a adelantar las acciones legales pertinentes para perseguir o poder reclamar los perjuicios causados en ocasión a la declaratoria de ineficacia en el presente caso.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora LILIAN LUNA NEISA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colfondos S.A., el 8 de agosto de 1995, como se verifica de la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por la AFP Porvenir, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que efectuara la demandante a ING hoy Protección S.A., el 29 de marzo de 2001, y finalmente, a Porvenir S.A., el 24 de junio de 2003, efectuando



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

cotizaciones a la fecha en dicho fondo, de acuerdo con la consulta del SIAFP, remitida por la AFP Porvenir.

Sobre el particular, si bien se peticionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo adujo el Juzgador de primer grado y contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso, ninguna de ellas da cuenta respecto que la señora Lilian Luna Neisa, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razones por las cuales, dicho traslado no se puede considerar libre y voluntario pues no se conocían las implicaciones del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

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

En cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

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

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

Respecto a la permanencia de la demandante en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

De otra parte y si bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

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

En cuanto a la solicitud de Colpensiones de condicionar el cumplimiento de la sentencia al traslado de recursos ordenado, en efecto se entiende que debe ejecutar dicho cumplimiento una vez cuente con tales recursos, no resultando procedente una orden en tal sentido a través de este pronunciamiento.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 11201900492-01 Dte: LILIAN LUNA NEISA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS***RESUELVE:**

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO