



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

DEMANDANTE:	José Fernando Salgado Arce
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca parcialmente.
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-005-2020-00061-01 11001310500520200006101

Bogotá DC, a los treinta (30) días del mes de noviembre de 2023.

AUTO

Conforme con lo dispuesto en el artículo 76 del Código General del Proceso, una vez verificado que la renuncia presentada por la apoderada general de Colpensiones Miguel Ángel Ramírez Gaitán, identificado con la TP 86117 del CSJ, por encontrarse ajustada a las formalidades de ley, se acepta la renuncia del poder, obrante los archivos 07 y 08 del C002.

En la fecha, la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir SA, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **José Fernando Salgado Arce** en contra de **Porvenir SA y Colpensiones**.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante se declare la ineficacia de su vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA, efectuado el 5 de marzo de 1996; así como que se ordene a Colpensiones, a mantenerle las mismas condiciones pensionales que tenía al momento del traslado inicial. En consecuencia, que se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibirlos y que actualice la historia laboral. También deprecó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones a partir del mes de mayo de 2017; además, pide que se condene a Porvenir SA a reconocerle y pagarle la indemnización por los perjuicios ocasionados por dicho traslado; extra y ultra petita; costas (págs. 9 pdf. 01 C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de marzo de 1955; estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde enero de 1983, hasta el 31 de julio de 1995; luego el 5 de marzo de 1996 se trasladó a Porvenir SA; luego el 10 de diciembre de 1998 se trasladó horizontalmente a la AFP Colpatria, y finalmente, se vinculó nuevamente a Porvenir SA el 4 de abril de 2004. Pero que, la decisión inicial del traslado a Porvenir SA, así como los posteriores movimientos horizontales, no fueron decisiones informadas, autónomas y conscientes, puesto que ninguna de las AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional.

De lo probado en el proceso, se extrae que actualmente el señor Salgado Arce se encuentra pensionado por Porvenir SA desde el 6 de julio de 2017, percibiendo una mesada que asciende a \$891.702 pesos (Pág. 154, pdf. 06, C01).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones aceptó los hechos referentes a, la fecha de nacimiento, la fecha en que se trasladó a esa AFP, y que no consta de los demás por relacionar actos de particulares ajenos a ese fondo, y que deben ser probados. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, inexistencia de multifiliación e innominada o genérica (pdf. 05, C01).

Porvenir SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos relacionados a, la edad, el estado activo de su afiliación, y que respondió negativamente la solicitud que el demandante le hizo para obtener la anulación de afiliación al RAIS y trasladarse al RPM; dijo que proporcionó la información requerida al momento de la vinculación al fondo, y que le indicaron los pormenores del funcionamiento, condiciones y características del RAIS en comparación con el RPM, de los demás hechos dijo que no le constan.

Formuló como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación e innominada (pdf. 06 *ídem*).

Mediante auto del 24 de septiembre de 2021, el Juzgado de primera instancia dispuso integrar el contradictorio por pasiva con la aseguradora Seguros de Vida Alfa SA.

Seguros Alfa sobre las pretensiones de la demanda no emite ningún pronunciamiento por no estar dirigidas en su contra. Aduce que no le constan los hechos de la demanda. Propuso como excepciones la de falta de legitimación en la causa e inexistencia de la obligación demandada, inexistencia del perjuicio alegado, buena fe y prescripción (pdf. 12, *idem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 1° de julio de 2022, dispuso:

PRIMERO: NEGAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual.

SEGUNDO: DECLARAR patrimonialmente responsable a PORVENIR SA, en el perjuicio causado al señor JOSÉ FERNANDO SALGADO ARCE, en la modalidad de pérdida de oportunidad. Adicional se ordena a PORVENIR SA, pagar \$2.388.528 a partir del primero (1) de julio de dos mil diecisiete (2017) junto con los reajustes legales y mesada trece (13) adicional.

TERCERO: AUTORIZAR a PORVENIR SA, a descontar de la presente condena lo pagado por SEGUROS DE VIDA ALFA SA, por concepto de pensión de vejez.

CUARTO: ABSOLVER a SEGUROS DE VIDA ALFA SA, y a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., por cinco (5) S.M.M.L.V. inclúyase como agencias en derecho. A favor del demandante cinco (5) S.M.M.L.V, y a favor de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., cinco (5) S.M.M.L.V.

SEXTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a pagar la pensión aquí mencionada de manera vitalicia y no podrá disminuir monto de la prestación argumentando la disminución del capital necesario para mantener el pago de la pensión. Finalmente, la pensión deberá ser reconocida a los eventuales beneficiarios, de acuerdo con el artículo 47 de la ley 100 de 1993. Sin que tampoco pueda reducir por ningún motivo su monto y sin que pueda esgrimir PORVENIR S.A., el no contar con el capital necesario.

Consideró que, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que al encontrarse pensionado por la AFP demandada no es posible declarar ineficaz el acto de afiliación cuando existe una situación debidamente consolidada, por ende, lo que procede es el resarcimiento de los perjuicios.

El juez acogió el precedente de la sentencia SL373 de 2021 y con base en éste advirtió que la declaratoria de ineficacia reclamada es evidentemente improcedente, si se tiene en cuenta que en el plenario se probó que el demandante suscribió la reclamación de pensión de vejez, que autorizó la contratación de la aseguradora respectiva para la modalidad de pensión que escogió, y que actualmente viene devengando su pensión.

En cuanto al resarcimiento de perjuicios, señaló que debe tenerse en cuenta lo reglado por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual, cuando en un proceso tramitado ante la administración de justicia, el Juez debe valorar los daños, estimando sí se ocasionó un daño y cómo debe darse esa reparación.

Además, señaló que, en el presente caso, al habersele causado un daño al señor Salgado Arce, debe resarcirse los perjuicios causados, tal y como lo establece la ley y la jurisprudencia aplicable al caso.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA presentó reparo frente a la condena por perjuicios en favor del demandante, por considerar que no se evidencia la causación del daño; y para corroborarlo afirmó que, el actor tenía pleno conocimiento acerca de los aspectos inherentes al reconocimiento y pago de la pensión solicitada; que no presentó oposición, y por el contrario aceptó el reconocimiento que realizase la aseguradora ALFA. Por lo que, al tratarse de un acto voluntario del hoy demandante, no puede declararse la existencia de perjuicios en su favor.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de Colpensiones presentó alegaciones, en referencia a la ineficacia del traslado de régimen, circunstancia sobre la cual no versa el recurso interpuesto.

Mientras que, el apoderado de Porvenir SA en sus alegatos expuso los motivos por los cuales no debe declararse la ineficacia del traslado, hecho que no fue debatido al momento de interponer su recurso.

El apoderado del demandante, expuso sus argumentos por los cuales se debe confirmar la decisión del *a quo*, y señaló que la conducta omisiva de Porvenir le causó un daño al afiliado, esto es, que no pudo entrar a disfrutar su mesada pensional bajo las condiciones establecidas en el RPMPD, lo que según su dicho perjudicó ostensiblemente al demandante.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de apelación de la sentencia interpuesto por Porvenir SA, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez de primera instancia al ordenar que la AFP Porvenir SA, debe resarcir los perjuicios causados al demandante, producto del traslado de régimen efectuado.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 28 de marzo de 1955 (pág. 20 pdf. 01 C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde enero de 1983 a diciembre de 1997 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 21, *idem*); iii) que el 5 de julio de 2017, Porvenir le comunicó al actor que cumplía los requisitos para acceder a la pensión de vejez, reconocida la prestación desde el mes de julio de 2017, por valor inicial de \$891.702 pesos (Pág. 76 y 80, *idem*); iv) que efectuó solicitud de traslado al RAIS en fecha 5 de marzo de 1996 (Pág. 79, pdf. 06, C01).

2.4 INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Desde los albores de la demanda el extremo activo solicitó que se declare la ineficacia de su vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA, efectuado el 5 de marzo de 1996; así como que se ordene a Colpensiones, a mantenerle las mismas condiciones pensionales que tenía al momento del traslado inicial. En consecuencia, que se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibirlos y que actualice la historia laboral. También deprecó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones a partir del mes de mayo de 2017; además, pide que se condene a Porvenir SA a reconocerle y pagarle la indemnización por los perjuicios ocasionados por dicho traslado;

Pretensión que fue sustentada en los fundamentos fácticos relatados en la demanda, alegando que ante la falta de información de la AFP, perdió la oportunidad de acceder a un beneficio pensional más favorable a sus intereses. Dicha pretensión fue otorgada por el fallador de primera instancia, en razón de que según lo explicado sí se demostró la configuración de un daño, lo que provocó que éste obtuvo una prestación en monto inferior a la que hubiese recibido de haber permanecido y reunido los requisitos para pensionarse en el RPMPD, ordenando que a título

resarcitorio, la AFP Porvenir reconozca y pague una pensión igual a la que hubiese percibido el afiliado si se hubiese mantenido en el fondo público; esto si, ordenando el descuento de las sumas reconocidas por la Aseguradora Seguros Alfa.

Ahora bien, en atención a la controversia planteada por el apoderado de la demandada Porvenir por vía de apelación como cargo único, tal como lo decidió el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín; la pretensión de indemnización por perjuicios no está llamada a prosperar, toda vez que el hecho de que el actor en virtud de una decisión libre y voluntaria tuviese derecho a percibir una pensión de vejez bajo los parámetros del RAIS, por ese solo hecho a juicio de esta Sala no es procedente imponerle a Porvenir SA, una obligación resarcitoria infinita y sin límite temporal alguno.

El juez a quo fundamenta su decisión en lo expresado por el órgano de cierre en la sentencia SL373 de 2021, precisamente en dicha providencia sobre el resarcimiento de perjuicios, la Corte indicó:

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños.

Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado.

Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados. En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento. (énfasis añadido)

Como se ha expuesto, cuando el demandante tiene la calidad de pensionado, evento en el cual la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el RPMPD, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021) y lo procedente es la acción indemnizatoria, es necesario que los perjuicios hayan sido solicitados y se encuentren plenamente demostrados, máxime si se tiene en cuenta que al suscribir la afiliación el fondo no se compromete a cumplir una obligación especial de resultado, en el entendido que correrá con los riesgos del del daño que puedan derivarse por el incumplimiento, esto es, que reconocerá una mesada pensional superior a la que obtendría el afiliado de permanecer en el otro régimen.

Así, al no haberse demostrado que el fondo atendió el deber de brindar información clara, completa, suficiente al momento de la vinculación, es claro que incurrió en un incumplimiento de una obligación impuesta por el legislador en favor del afiliado y que se afirma que con ese actuar se le ocasionó un daño, y el perjuicio causado injustamente es el que reclama el accionante y a lo que accedió la primera instancia, asumiendo que existía una especie de *presunción de culpa* a cargo del fondo accionado, derivada de su actuar omisivo. Pero con esa decisión se confundió entre los perjuicios derivados de la imposibilidad de retrotraer los efectos de la afiliación, con los que eventualmente pueden ocasionarse al declarar ineficaz el traslado, como acaeció en esta oportunidad.

El artículo 1610 del Código Civil, autoriza al acreedor para reclamar la indemnización de perjuicios, a su vez, los artículos 1613, 1614 y 1615, del Estatuto Civil, explican los componentes de la indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante), el segundo de estos señala «*Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*».

Visto así, es claro que se debe demostrar que el fondo causó un daño al afiliado que le ocasionó perjuicios, y proceder a su demostración y cuantificación. En la sentencia CSJ SC040-2023 al referirse al tema del daño, la Corte recordó que para que haya una condena este debe estar comprobado, debe ser inequívoco, real y directo, no eventual o hipotético. «*Su respaldo requiere pruebas concluyentes que acrediten la verdadera entidad del daño y su extensión cuantitativa*».

En la sentencia CSJ SL 591-2023 la corte analizó el tema, invitando a que estudien detenidamente las pretensiones con el fin de establecer si, en el caso de los pensionados, en ellas se busca expresamente la reparación de perjuicios, y de ser así, para su procedencia es necesario que estos los hayan sido reclamado y probado y el derecho no esté extinguido por el transcurso del tiempo:

Ahora bien, aunque la doctrina vertida en las sentencias CSJ SL373-2021, CSJ SL3871-2021 y CSJ SL1637-2022, señala que, ante la imposibilidad de declarar la ineficacia del

traslado de régimen de los pensionados del RAIS, es viable la indemnización de perjuicios, de manera clara y explícita la Sala ha dicho que ello es viable, siempre y cuando «se hayan reclamado, probado y no estén prescritos».

Es decir, la condena por perjuicios no procede de manera automática, oficiosa e inmediata.

En la primera de las decisiones citadas, indicó textualmente la Sala permanente:

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad. (Subrayas de la Sala).

Y en la providencia CSJ SL1637-2022, expuso:

Lo que se ha dicho (por la Corte) es que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes del dicho cambio, puesto que, entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos (CSJ SL373-2021).

Al resolver las pretensiones, el juzgador de primer grado, no tuvo en cuenta que el demandante no solicitó la indemnización de perjuicios derivada de la imposibilidad de declarar la ineficacia, producto de su estatus de pensionado, sino que reclamó algo distinto, la ineficacia del traslado, la aplicación de sus consecuencias y adicionalmente el reconocimiento de los perjuicios derivados de esa conducta, lo cual es diametralmente opuesto a lo resuelto por el sentenciador, de manera que no podía oficiosamente resolver sobre un punto que no fue materia de los reclamos del actor.

Adicionalmente, debe decirse, que los perjuicios declarados en la sentencia materia de alzada no se encuentran acreditados. De acuerdo con la situación particular del accionante, tenemos que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1° de abril de 1994, el afiliado no reunía los requisitos de edad o de tiempo de servicios para ser acreedor del régimen de transición consagra en esa ley, por lo que, visto así, en principio no disponía de esta posibilidad, no estando demostrado perjuicio alguno frente a ese tópico.

Ahora, en cuanto a que, sí el actor se hubiese permanecido en el RPMPD, y realizado las cotizaciones reportadas al RAIS, tendría la posibilidad, inexorablemente de alcanzar una mesada más favorable que la liquidada por la AFP, es decidir el asunto haciendo elucubraciones, y no soportándose en aspectos concretos y demostrables.

Se observó que en el interrogatorio de parte, el actor aseveró que no fue informado de las condiciones en las cuales se le reconocería la pensión; admitió que en el año 2007 acudió a la AFP para recibir una asesoría, señalando que recibiría una pensión superior a 3 smlmv, por ello, no solicitó traslado al RPMPD. Por otra parte, señaló que la mesada reconocida fue por algo más del salario mínimo, suma con la que no estuvo de acuerdo, porque tenía idea que recibiría una suma superior, por lo que, decidió acogerse al reconocimiento pensional, pero sin estar de acuerdo con la liquidación o proyección de su mesada pensional.

Lo cierto es que los dos sistemas de pensiones actualmente vigentes en nuestro país, presentan características propias que los hacen totalmente disímiles y que impiden equipar uno y otro. Solo por mencionar algunas, a diferencia del RPMPD, el régimen del RAIS le otorgaba la posibilidad a su afiliado de que sus aportes fuesen a su cuenta individual, la generación de rendimientos financieros e inclusive de realizar aportes voluntarios, por lo que, sería incongruente que con estos rubros se financie una pensión distinta a la otorgada por el fondo público.

Por otra parte, para que aplique la figura del resarcimiento de perjuicios acorde con lo estipulado en el artículo 2341 del Código Civil, se requiere de un hecho generador, de un daño que padezca la otra parte y la existencia de un nexo causal entre el hecho y el daño. Contextualizando esto a la situación particular del caso objeto de debate, no se puede decir que el hecho del traslado al fondo privado que efectuó el demandante, *per se* produzca un daño al afiliado, partiendo de la base inclusive que

de acuerdo a la modalidad escogida por éste -renta vitalicia-, permitiría constituir una póliza de seguro que garantizare el pago de una mesada pensional para toda la vida. En tal sentido, no podría estimarse que al momento de realizarse el traslado se causó un perjuicio al reclamante, cuando como se dijo anteriormente, las condiciones para el acceso a la prestación jubilatoria pudieron variar en el tiempo.

Conviene mencionar que dentro del proceso no se acreditaron los perjuicios económicos generados al demandante, motivo por el cual no existe mérito probatorio alguno para ordenar su reconocimiento, puesto que no existe ningún respaldo fáctico o probatorio alguno, que le permita a esta Sala determinar el monto al cual ascienden los perjuicios ocasionados.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación se revocará parcialmente, exonerando a Porvenir de la obligación resarcitoria establecida por el despachador de primera instancia y de las decisiones accesorias a esa obligación.

Sin costas en segunda instancia. Costas en primera instancia a cargo del demandante, y en favor de Porvenir SA y de Colpensiones. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos en favor de cada una de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

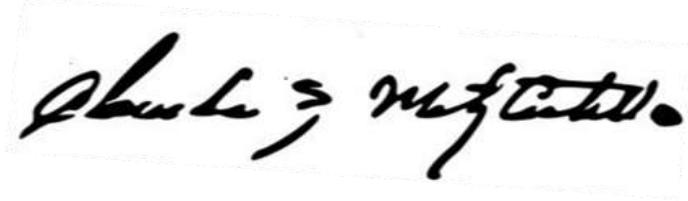
IV. DECIDE:

PRIMERO: Revocar parcialmente los numerales 2°, 3°, y 5° de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 1° de julio de 2022 dentro del proceso promovido por **José Fernando Salgado Arce** contra las AFP Porvenir SA y Colpensiones, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: Sin costas en segunda instancia. Costas en primera instancia a cargo del demandante, y en favor de Porvenir SA y de Colpensiones. Las agencias en derecho se fijan en \$1.160.000 pesos en favor de cada una de las demandadas.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Link expediente digitalizado: [11001310500520200006101](https://www.gub.uy/11001310500520200006101)



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

Demandante:	Yina Paola Bertel García.
Demandado:	Ancestros SAS
Tipo de Proceso:	Ordinario Laboral
Decisión:	Revoca parcialmente.
Radicado	11001-31-05-015-2019-00253-02 <u>11001310501520190025302</u>

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y la demandada, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral de Yina Paola Bertel García en contra de la empresa Ancestros SAS.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Yina Paola Bertel García accionó contra la empresa Ancestros SAS, en procura de que se declare que entre ellos existió una relación laboral desde el 15 de mayo de 2017 y hasta el 6 de abril de 2018, por tanto, tiene derecho al pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas durante ese interregno, a la indemnización del artículo 65 del CST y la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías durante todo el tiempo servido.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que estuvo al servicio de la demandada desde el 15 de mayo de 2017 y hasta el 6 de abril de 2018, desempeñándose como auxiliar de enfermería, seis días a la semana, en un horario de 6 am a 8 pm, actividad retribuida con un salario promedio de \$1.050.000 pesos, pero no recibió pago por cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, en consecuencia, debe sancionarse a la empleadora con el pago de la indemnización del artículo 65 del CST y la moratoria por la no consignación de las cesantías durante todo el tiempo trabajado.

1.3 TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida en primera instancia, mediante auto del 29 de julio de 2019, ordenando notificar a la parte demandada.

1.4 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada se opuso a las pretensiones, afirmó que la actora no laboró a su servicio, y que entre ellos se suscribió voluntariamente un contrato civil de prestación de servicio, en virtud del cual la demandante se desempeñó de forma independiente; para enervar las súplicas formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral, defraudación de la buena fe, cobro de lo no debido e innominada (Págs. 60 a 69, pdf. 01, C01).

1.5 REFORMA DE DEMANDA.

En la oportunidad legal, la actora reformó la demanda, incluyendo como demandada a la señora Lizeth Vargas, socia de la empresa demandada, actuación a la que el juzgado accedió en providencia del 7 de febrero de 2020 (Pág. 193-194, pdf. 01, C01).

La nueva demandada, se notificó y contestó, se opuso a las pretensiones en los mismos términos que Ancestros SAS, e insistió en que la relación con la demandante estuvo mediada por contratos de prestación de servicios con la empresa Ancestros SAS, formuló **las excepciones de inexistencia de la relación laboral, defraudación de la buena fe, cobro de lo no debido e innominada** (Págs. 2 a 12, pdf. 09, C01), la cual, se tuvo por contestada en la providencia del 28 de mayo de 2021.

1.6 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 10 de agosto de 2022, decidió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante señoras YINA PAOLA BERTEL GARCÍA y la sociedad ANCESTROS SAS existió un verdadero contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas por el periodo comprendido entre el 18 de mayo de 2017 al 6 de abril de 2018, desempeñándose la demandante como auxiliar de enfermería y devengado como salarios promedios para el año 2017 \$969.412 y para el año 2018 \$1.037.028, conforme se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ANCESTROS SAS a pagar a favor de la demandante las sumas y siguientes conceptos:

- a Por concepto de CESANTÍAS adeudadas por toda la relación laboral \$946.065
- b Por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS \$57.436
- c Por concepto de PRIMAS DE SERVICIOS \$946.065
- d Por concepto de VACACIONES \$448.025

TERCERO: ABSOLVER a la parte demandada ANCESTROS SAS de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST y art 99 de la ley 50 de 1990 y en estos términos declarar demostrada la excepción de buena fe y absolverla igualmente de lo correspondiente a las cotizaciones a la seguridad social en salud conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la demandada ANCESTROS SAS a pagar a favor de la demandante los aportes con destino al subsistema de pensiones entre el periodo comprendido del 18 de mayo de 2017 al 6 de abril de 2018 de conformidad con la liquidación que se realice sobre dicho aportes más los intereses moratorios que realice COLPENSIONES y para el efecto se tendrá en cuenta para el pago de dichos aportes para el 2017 la asignación salarial de \$969.412 y para el año 2018 \$1.037.028 conforme se expuso en la parte motiva.

QUINTO: ABSOLVER a la señora LIZBETH CONSUELO VARGAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora YINA PAOLA BERTEL GARCÍA.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada ANCESTROS SAS para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a tres (03) SMLMV para el año 2022 y condenar en costas a la demandante y a favor de la señora LIZBETH CONSUELO VARGAS SAS para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un (1) SMLMV para el año 2022.

Para arribar a tal conclusión, argumentó lo siguiente: para el caso operó la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, al probarse la prestación personal del servicio, por lo que, por inversión de la carga de la prueba la empleadora debía demostrar que no se trató de una relación de trabajo, sin embargo, concluye el *a quo* que esto no era posible en este caso, dado que necesariamente la relación por el servicio prestado lo era completamente subordinado.

En lo que interesa al recurso, en referencia a la indemnización moratoria, en este caso se presenta un eximente de buena fe, y es la creencia errada que tenía la parte pasiva de estar ligada con la hoy demandante bajo un contrato distinto a uno laboral.

1.6 RECURSOS

La parte demandante estuvo inconforme con la absolución respecto a la indemnización moratoria, por cuanto en su parecer, se encuentra demostrada la mala fe de la empresa demandada, al pretender esconder un verdadero contrato laboral, haciéndolo pasar por un contrato de prestación de servicios. Además, cuestionó la decisión de la primera instancia,

respecto a la no condena por concepto de aportes de la seguridad social. Y finalmente, la condena en costas a cargo de la parte demandante, establecida en la sentencia de primera instancia.

Por su parte, Ancestros SAS controvierte la declaratoria de la existencia de un vínculo empleatício, argumentando para ello que la actora ejercía su labor de forma autónoma, que escogía el horario en que prestaría sus turnos e inclusive los intercambiaba con otras enfermeras, lo que a su juicio demuestra que no existía en este caso una subordinación total frente a los servicios prestadas a la enjuiciada.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante presentó sus alegaciones, reiterando lo expuesto en su recurso, y puntualizó:

Y es que estos argumentos no denotan la buena fe, al contrario, corroboran la mala fe en el entendido que hicieron todas las acciones tendientes para no pagar derechos ciertos e indiscutibles a la finalización del vínculo y es aquí donde se hace procedente la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. de un día de salario por cada día de retardo y hasta que se efectuó el pago total de las acreencias laborales adeudadas conforme lo ha previsto la Corte Constitucional en su sentencia C781 de 2003.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por las partes demandada y demandante, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

3.3. EXISTENCIA DEL CONTRATO

En lo que tiene que ver con la existencia de una relación laboral según lo previsto en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, debe aclararse que esta se produce por la prueba certera de los elementos que le dan origen conforme el primero de los citados artículos, o por la presunción consagrada en el segundo, tras la acreditación

concreta del servicio personal de un individuo.

Se discute en esta oportunidad si entre las partes existió o no un vínculo laboral, con el fin de dilucidar este aspecto debemos recordar que el artículo 23 del CST, señala cuáles son los elementos esenciales de este acto jurídico:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:
 - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
 - c. Un salario como retribución del servicio.

En esta ocasión la defensa no discrepa de la existencia del primer elemento indicado en la norma anterior, es decir, la prestación personal del servicio que recibió la demandante, sino que la discusión se centró en desconocer que esta fue subordinada y por lo tanto no se configuró un contrato de trabajo. Sobre este tópico, la Sala de Casación Laboral de la CSJ tiene sentado que, en esencia, la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). Lo anterior, por cuanto tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por lo que, se insiste, la dependencia es el factor que distingue uno del otro.

La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «*faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato*».

Ahora, la prueba de la subordinación no sigue el principio general según el cual la carga de probar corresponde al que afirma unos hechos o sostiene una determinada pretensión, consagrado en el artículo 167 del CGP, pues por excepción, el legislador trasladó al empresario la carga de demostrar que se está ante un contrato verdaderamente autónomo, independiente; eso es lo que se desprende de la presunción que estableció el artículo 24 del CST «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*»; en orden con esto, para que se configure el contrato de trabajo, si el interesado demuestra la prestación personal del servicio, el presunto empleador, para liberarse debe acreditar ante el juez que no existió una prestación de un servicio que estuviese regida por las normas laborales, «*sin que para ese efecto probatorio sea*

suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente» (C-665 de 1998).

Por lo tanto, será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, quien examine el conjunto de los hechos, bajo la óptica de los diferentes medios de prueba, y verifique que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en la sentencia del 2 de junio de 2009, rad. 34759, señaló sobre el particular:

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, justamente consagra una presunción a favor de la persona natural que presta servicios personales a otra natural o jurídica, en el sentido de que, bajo ese supuesto fáctico, se entiende que el ligamen que los ata es una relación de trabajo, trasladándose la carga de probar lo contrario al demandado, si desea desvirtuar la presunción.

En fallo de 23 de septiembre de 2008 (Rad. 33526), y de 4 de febrero de 2009 (Rad. 33937), esta Sala de la Corte dejó asentado, en síntesis, que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo contiene una presunción, según la cual, a partir de la acreditación de la prestación personal de un servicio, el pretense trabajador no corre con la carga de probar el segundo de los elementos del artículo 23 ibidem.

En ese orden, la intelección que el juez de la alzada le imprimió al mencionado artículo 24 fue equivocada, pues, en suma, lo que dicho canon legal quiere significar es que, una vez demostrada la prestación de un servicio personal, la carga de probar que esa vinculación no giró bajo la égida de un contrato de trabajo, gravita sobre el demandado.

La misma corporación en sentencia del 8 de junio de 2016, Radicado 47.385, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró el criterio que de antaño ha adocinado:

... para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica - que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando se encuentra evidenciada esa prestación del servicio, dado que en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, modificado por el art. 2° de la L. 50/1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la Litis, su actividad personal, para que se presuma en su favor el contrato de trabajo, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación fue independiente y no subordinada."

Situados en este punto recordemos que, la existencia y las condiciones del contrato de trabajo bajo las cuales se pacta el nacimiento de dicho acto jurídico, pueden acreditarse por los distintos medios probatorios ordinarios, por cuanto en materia laboral el juez no está sujeto a la tarifa de valoración de la prueba, así lo explicó la Sala de Casación Laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL4723 de 2019 señaló:

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal

que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de instancias, al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.”

El reclamo de la demandante manifestado en su demanda consistió en afirmar que sí laboró al servicio de Ancestros SAS y que ésta pretende desconocer la existencia de ese vínculo empleaticio, por consiguiente, debía probar la prestación personal del servicio en favor del demandado, pues «*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*», (artículo 167 del CGP aplicable por analogía del 145 del CST) para activar la presunción a que se hizo referencia en párrafos anteriores.

Sobre este tema, es preciso recordar lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referente a que si bien es cierto a la parte actora le basta con probar en el curso de la litis, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la parte demandada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado; también lo es, que no queda relevada de otras cargas probatorias, como por ejemplo la demostración de los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se solicita la indemnización respectiva, al respecto ver las Sentencias SL728-2021, SL102-2020, SL447-2019, entre otras; elementos que no aparecen soportados en prueba alguna en este proceso.

Situados en el caso concreto encontramos que la demandante Yina Paola Bertel García admitió que suscribió un contrato de prestación de servicios con Ancestros y que eso sucedió cinco (5) días antes de la terminación del vínculo; que mensualmente le pagaban los servicios, por los turnos asignados por la jefe; que entre sus actividades estaban la toma de signos vitales, administración de medicamentos y las actividades para el cuidado del adulto mayor; que el contrato terminó porque, según la jefe, «*estaba falsificando el pago de seguridad social*»; que estuvo casi un año realizando esas labores desde 2017; que ella pagaba los aportes por una cooperativa, pero que tuvo inconvenientes y luego se afilió directamente a Sanitas; que tenía una secuencia de turnos, que ellas trabajaban en dupla por día intercalado, inclusive que el día de su cumpleaños no pudo cambiar el turno, porque no tuvo quien la cubriera; que el uniforme lo exigían, pero no se los daban.

Al proceso se trajeron varias pruebas que corroboran el relato de la demandante, la

testigo Karen Sánchez Quintero refirió que laboró con la demandante en Ancestros; que las auxiliares de enfermería en la entidad atendían todo lo requerían los pacientes asignados por la demandada; que prestaba sus servicios de domingo a domingo; que los descansos lo cuadraban entre los compañeros; que los horarios de Ancestros era 6 am a 7 pm y de 7 pm a 6 am; que si se presentaban llegadas tarde, les pasaban memorandos; que estaba vinculadas por prestación de servicios, y que todas tenían el mismo tipo de contrato; que la remuneración dependía de los turnos que se hicieran; que la jefe Lizbeth Vargas era quien les daba las indicaciones, por ser la jefe de enfermería; que las despidieron supuestamente porque falsificaron el pago de la seguridad social; que los elementos de trabajo se los entregaba la jefe de enfermería; que desconoce si la demandante prestaba servicios a otras entidades.

Por otro lado, la declarante Lizbeth Vargas como demandada, declaró que si existía un registro de horas de entradas y salidas de la señora Yina, que se usaba para contabilizar las horas; que ella prestaba personalmente el servicio; que habían turnos y ellas eran los que cuadraban los horarios; que ellas solo informaban los cambios de turnos; que no les establecían sanciones por sus llegadas; que las labores que realizaba si eran supervisadas; que la remuneración era según las horas que trabajaba; que los usuarios llevaban guantes y medicamentos, y los equipos como tensiómetros eran de ancestros; que la terminación se dio porque la mayoría de ellas estaba desafiliadas a seguridad social, realizando las pesquisas encontraron que los documentos presentados eran falsos.

Además, se presentó la deponente María Lizeth Riaño Villamil, quien señaló que conoció a Yina en Ancestros; que ella se desempeñaba como auxiliar de enfermería, administraba medicamentos, toma de signos vitales, asistencia a adultos mayores; que ella solo trabajaba de día; que el contrato era por prestación de servicio, que pagaban por mes vencido; que si Yina no podía asistir le informaba a la jefe que no podía asistir, para que consiguiera a otra persona o lo realizará otra auxiliar; que la empresa la suspendió porque no estaban cancelando la salud; que la jefe Lizbeth les daba unas tareas, y ellas les decía que labores tenían que cumplir; que en muchas ocasiones ambas se recibían los turnos; que recibían ordenes de parte del personal de Ancestros, de la Jefe y de la secretaria Marta; que los turnos los establecía la Jefe Lizbeth; que no conoce que Yina prestaba servicios a otras entidades; que el valor del turno era aproximadamente 60 mil pesos por turnos.

De lo narrado, por los testigos y la codemandada Lizbeth Vargas, se extrae que la señora Yina Paola Bertel García, en el hogar geriátrico de la empresa Ancestros, desempeñando

sus labores como auxiliar de enfermería, ejerciendo esa actividad en él y ofreciéndole a los habitantes del hogar la atención médica y servicios generales que estos requerían. En este caso, el punto álgido de este litigio, es determinar si las labores que realizó la señora Bertel García estaban subordinadas, y si efectivamente ésta recibía órdenes de los empleados asignados para ello en la organización administrativa de la demandada.

De la prestación personal del servicio, emerge la presunción de subordinación prevista en el artículo 24 del CST, por la que, al admitir prueba en contrario, el presunto empleador debe desvirtuarla y demostrar que se trató de un vínculo de otra índole. Vale la pena, destacar que la parte demandada aportó prueba documental, consistente en el contrato de prestación de servicios de salud suscrito el 21 de mayo de 2017 (Págs. 70 a 72, pdf. 01, C01), con la cual se pretenda derruir la presunción en favor de la demandante.

En ese caso, todos los testigos coincidieron en que la demandante prestaba servicios en la institución hogar Ancestros, que hacía turnos de 12 horas día de por medio, que sus labores correspondía a la atención y cuidado de los adultos mayores que se encontraban recluidos en el hogar geriátrico. Y más allá, de que, para un cambio de turno, se requería que la misma persona designara quien cubriría el turno, no es menos cierto que estas no tenían la libertad de escoger el horario en que prestarían sus servicios, pues eran establecidos con el fin de garantizar la atención en el hogar durante las 24 horas del día.

De lo relatado por los declarantes, considera esta Sala que se evidencia que la actividad personal de la demandante estuvo subordinada por la convocada a juicio, estando acreditada no solo con la prestación de un servicio y su remuneración, sino también que este fue subordinado.

La Sala, como se dijo antes, no observa prueba que permita derruir la presunción en favor de la trabajadora, y que por el contrario se observa que hay mérito para declarar probada la existencia de un vínculo laboral subordinado en favor o beneficio de la demandada Ancestros SAS. Así las cosas, del análisis que se efectúa del acervo probatorio, concluye esta Corporación que estuvo demostrada la existencia del contrato de trabajo, y en ese aspecto confirmará la decisión de primer grado.

3.5 DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El Art. 65 del CST para lo que interesa establece:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones

debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique...

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente”.

Si bien, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, el juzgador debe establecer con base en el material probatorio obrante en el proceso, si la conducta del empleador estuvo acompañada o no de buena fe, la cual se presume, advierte la Sala que, en el caso de autos, el empleador demandado incurrió en una conducta omisiva de sus deberes laborales para con la trabajadora demandante, sin demostrar en el proceso razones válidas que justificaran dicha omisión.

No se debe olvidar que, para evitar la imposición de la mentada indemnización es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta, como lo asentara la CSJ en la sentencia SL199-2021, citada en la CSJ SL3977-2022, allí la corporación afirmó:

[...] cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Así mismo, la misma Corte en su sentencia SL1886-2023, reitera lo indicado por el órgano de cierre en diferentes decisiones, argumentando que:

Pues bien, en el caso que se examina, encuentra la Sala que la decisión del Tribunal estuvo precedida del examen pormenorizado de las pruebas recaudadas, que daban cuenta de cómo se ejecutó la relación contractual, mismas que lo llevaron, primero, a establecer la existencia de un contrato de trabajo y a determinar la procedencia de la sanción moratoria reclamada al observar la ausencia de razones atendibles en el comportamiento de la entidad demandada.

De otra parte, reitera la Sala que es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta, como lo precisó esta Sala en las sentencias CSJ SL199-2021, SL4278-2022 y SL4311-2022, SL2886-2022 entre otras.

Es así como que la absolución de estas indemnizaciones, tanto la moratoria prevista en el artículo 65 del CST como la contempla en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no dependen de la simple afirmación de actuar de buena fe, o alegar este amparado por la celebración de un convenio de prestación de servicios, sino que deviene del examen probatorio, del análisis de los elementos de prueba que permitan establecer que se actuó efectivamente de buena fe.

En el caso que ocupa la atención de la Sala y como resulta del análisis del primer cargo, las documentales denunciadas, no desvirtúan la existencia del contrato de trabajo, como tampoco el hecho de que la demandante ejecutó sus actividades de manera subordinada y que sus funciones correspondían al cumplimiento del objeto misional para la cual fue creada la entidad, situación que descarta cualquier error invencible por parte del *ad quem* en considerar, que el vínculo existente entre las partes fuese de una naturaleza diferente a la de un contrato de trabajo, y que no genere el derecho al pago de las prestaciones sociales propias de un trabajador subordinado (CSJ SL4278-2022).

Se reitera además que este tipo de indemnizaciones sólo es procedente cuando quiera que el juez advierta que el empleador no aporta razones aceptables, serias y atendibles de su conducta, a partir del análisis conjunto de las pruebas y circunstancias que rodearon el marco de la relación de trabajo. Se advierte que la carga de demostrar que no existe intención fraudulenta es del empleador CSJ SL3288-2021 y SL4278-2022.

De lo probado dentro de este proceso, no se establece ninguna razón atendible que permita determinar por qué el empleador recibió los servicios personales de la actora y ejercía sobre ella un control al imponerle horario, le suministraba los elementos de trabajo, fijaba las tareas y turnos a ejecutar, pero a pesar de ello decidió presentar la relación bajo la figura del contrato de prestación de servicios la cual es extraña la dependencia, evidenciándose que esa conducta no tuvo otra finalidad distinta a disfrazar una relación de trabajo, como una relación índole civil o comercial, por lo que, considera esta Corporación que su actuar estuvo alejado de la buena fe contractual.

La buena fe, entendida como el actuar recto y leal, como un estándar de conducta que debe presidir el ejercicio de los derechos y prácticas en las relaciones de trabajo, se desconoce cuando se actúa en la forma que lo hizo la empresa demandada.

Así las cosas, y dado que el último salario devengado por la actora fue por la suma de \$1.037.028, como lo estableció la primera instancia, para el cálculo de la mentada indemnización aplica la regla del parágrafo del artículo 65 del CPTSS, en razón a que la demanda se presentó el 2 de abril de 2019 (Pág. 42, pdf. 01, C01), esto es dentro de los 24 meses siguientes a la extinción del vínculo laboral; en consecuencia, por concepto de indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales le corresponde, por cada día de retardo, la suma de \$34.567,60 pesos a partir del 7 de abril de 2018 y hasta el 6 de abril de 2020, esto es, por 24 meses, para un total de \$24.888.672.

En consecuencia, deberá revocarse el numeral tercero de lo decidido por la primera instancia, y, en consecuencia, declarar que si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.6 RESPECTO A LOS APORTES EN SALUD

Reclama la parte actora, el pago de los aportes en salud de toda la relación laboral, dado que en la sentencia de primera instancia se condenó únicamente al pago de los aportes en pensión. Conviene recordar que, según lo dicho por la propia accionante en su interrogatorio de parte, cancelaba dichos aportes a través de una cooperativa, y luego al afiliarse directamente a Sanitas EPS.

Y dentro del proceso, no media prueba alguna, que permita determinar a qué ciclos va dirigido su pretensión, entrando así en una indefinición, que no le permite a esta Sala emitir condena en abstracto, si dado el caso tuviese vocación de prosperidad esa pretensión. Aunado a ello, se debe tener en cuenta, que, a pesar de estar vinculada a través de un contrato de prestación de servicios, es la misma hoy reclamante la que no canceló los aportes pretendidos, por lo que, no puede beneficiarse de su propia culpa.

Tampoco se acreditó la existencia de perjuicios derivados de la falta de pago de esos aportes, por los cuales exista merito para ordenar el resarcimiento de estos perjuicios.

3.7 DE LAS COSTAS DEL PROCESO

En cuanto a las costas fijadas en primera instancia a cargo de la demandante, considera esta Corporación que lo decidido por el *a quo* es acertado, dado que la actora convocó a juicio a la señora Lizbeth Vargas, contra la cual no se probó que tuviese ninguna injerencia en las situaciones administrativas, es decir, no se demostró que existiera vínculo empleaticio, tampoco se solicitó en su petitum una supuesta responsabilidad solidaria de esta sobre las pretensiones de la demanda, por lo que, claramente resulta la parte actora vencida en juicio frente a la señora Vargas Rodríguez. Por ende, de conformidad con lo estatuido en el artículo 365 del C. G. del P., es procedente la condena en costas a cargo de la demandante.

Con relación a las costas, al no prospera los recursos en su totalidad de ambas partes no se impondrá condena en costas a las partes en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. DECIDE:

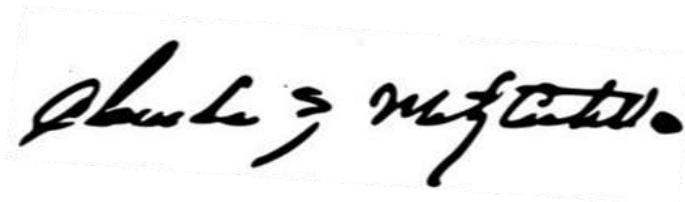
PRIMERO: Revocar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Yina Paola Bertel García en contra de Ancestros SAS, y para en su lugar condenar a la demandada a pagar a la demandante, por concepto de indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, la suma de veinticuatro millones ochocientos ochenta y ocho mil seiscientos setenta y dos pesos (\$24.888.672,00), conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Confirmar el resto de los numerales de la sentencia de primera instancia, conforme a lo considerado en este proveído.

TERCERO: Sin costas en segunda instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



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

DEMANDANTE:	Andrés Betancourt Aguilar.
DEMANDADO:	Aseo Móvil Urbano
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISION:	Confirma
Radicado	11001-31-05-022-2018-00564-01 <u>022 2018 00564 01</u>

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el proceso ordinario laboral de Andrés Betancourt Aguilar en contra de Aseo Móvil Urbano.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Andrés Betancourt Aguilar accionó contra la empresa Aseo Móvil Urbano, en procura de que se declare que entre ellos existió una relación laboral entre el 9 de noviembre de 2012 y el 28 de febrero de 2017, por lo que el empleador le adeuda las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicios de los periodos señalados, e igualmente persigue el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que el 9 de noviembre de 2012 celebraron un contrato de trabajo verbal, en el que acordaron el lugar de prestación del servicio, las funciones y el salario equivalente al mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, el empleador no pagó las cesantías correspondientes a los años 2014 a 2016, intereses de las cesantías de 2016 y 2017, vacaciones por un año y tres meses, y las primas de servicios proporcionales a los últimos tres meses.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

El demandado se opuso a las pretensiones, afirmó que no es cierto que adeude las sumas reclamadas en su libelo demandatorio, y para enervar las súplicas formuló la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y falta de legitimación para solicitar la indemnización moratoria.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de octubre de 2021, declaró la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, no encontró probadas las excepciones de prescripción y compensación, y condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales y vacaciones e indemnización moratoria.

Para arribar a tal conclusión, respecto a la excepción de prescripción, la Juez de primer grado, argumentó lo siguiente: *«Se advierte entonces que la terminación de la relación laboral tuvo lugar el 28 de febrero del 2017. Así como que la radicación de la presente demanda tuvo lugar el 12 de septiembre del 2018, es decir, dentro del término trienal previsto»*, luego agregó: *«en lo relativo a la notificación dentro del año siguiente a la comunicación del auto admisorio a la parte demandante, se evidencia que el auto admisorio, se efectuó mediante proveído del 25 de febrero del 2019. Por tanto, la parte demandante tenía hasta el 25 de febrero del 2020, para efectuar la notificación a la parte demandada. Lo cual encuentra cumplido este despacho»*.

Con relación a la compensación explicó que, la demandada adeuda algunos pagos concepto de prestaciones sociales y vacaciones, pero al haber realizado un *pago por consignación*, genera una diferencia en favor del demandante por valor de \$672.431. Accedió a la condena por indemnización moratoria accedió a ello, reiterando lo dicho por

la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo que no se trata de «una sanción automática e inexorable», y señala que la conducta asumida por la parte demandada fue desprovista de la buena fe.

II. RAZONES Y ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la demandada presentó recurso de apelación, señalando que no existe constancia de que funcionario alguno de la demandada hubiere recibido la comunicación para la notificación personal, además que, asegura ésta no tiene los sellos y firma de algún empleado de la compañía, y por otra parte, arguye que el juzgado se equivoca en que la citación no hace las veces de notificación.

Adicionalmente, manifiesta que desde el año 2019 a 2021, el proceso tuvo una parálisis de más de dos años, y que solo hasta de ese año la parte actora impulsó el proceso. Y cuestiona, el por qué no se remitieron avisos de notificación, o no se le notificó por emplazamiento.

Por otra parte, cuestiona el ejercicio aritmético realizado por la falladora de primer grado, manifestando que presenta errores y que no fue aplicada la excepción de compensación en debida forma.

Finalmente, reprocha la condena por indemnización moratoria, advirtiendo que su representada realizó un pago, que lo hizo de buena fe, e indica que no se puede extender la sanción hasta que se realice el pago de la diferencia condena, teniendo en cuenta que la Empresa efectivamente si realizó un pago inicial.

III. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte actora solicita que se confirme la providencia de primera instancia, toda vez que se probó que la empresa adeudaba sumas por las acreencias reclamadas al demandante, además, reitera que la empleadora no canceló en el término de ley lo adeudado a su representado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por la demandada, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

4.3. HECHOS PROBADOS

Queda excluido de la controversia la existencia del vínculo empleatício entre las partes, y sus extremos temporales.

4.4. DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

El artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece la regla general aplicable para la prescripción de las acciones laborales, así lo consagra: *«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible».*

En el mismo sentido, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo reitera esta disposición, y agrega que: *«El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual».*

En cuanto a los efectos de la interrupción del término prescriptivo con la presentación de demanda, el artículo 94 del Código General del Proceso, establece: *«La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias»,* y dicha norma añade: *«Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado».*

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, en sentencia STL4141-2022, al referirse en un caso similar a la aplicabilidad del artículo 94 del Código General del Proceso, señaló:

Por último, contrario a lo que expone la censura, el hecho de que, en los términos del artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el demandado que se oculta tenga derecho a que se le designe un curador para la litis o deba ser emplazado, so pena de que se quebrante su derecho de defensa, no desvirtúa la validez de la regla jurisprudencial por virtud de la cual se puede dar lugar a la interrupción de la prescripción, si se demuestran conductas tendientes a evadir la notificación de la demanda dentro del término previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de dos situaciones diferentes. La primera medida tiende a conformar debidamente el contradictorio y evitar violaciones al derecho de defensa, mientras que la segunda pretende preservar los derechos sustanciales de un demandante que ha actuado diligentemente.

Asimismo, cabe recordar lo dicho por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia CC T-005-2021:

No se puede pasar por alto que la jurisprudencia sobre la materia ha reconocido que el término establecido en el artículo 94 del CGP, no puede aplicarse de manera objetiva, sino que deben evaluarse las circunstancias de cada caso y analizar si la ausencia de notificación obedeció a causas atribuibles al demandante o, por el contrario, a la administración de justicia. Caso en el cual, se debe seguir adelante con el proceso, pues no opera la prescripción.

Puesto en consideración lo anterior, procede la Sala a resolver lo correspondiente a la excepción de prescripción considerando que la demanda se interpuso contra la sociedad demandada, dentro de los tres años siguientes al finiquito contractual, es decir, en el lapso previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; sin embargo, la discusión gira en torno a si el auto admisorio se notificó al demandado en el plazo indicado en el artículo 94 del Código General del Proceso, y en consecuencia, tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción.

Así mismo, cabe recordar lo dicho por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia CC T-005-2021:

No se puede pasar por alto que la jurisprudencia sobre la materia ha reconocido que el término establecido en el artículo 94 del CGP, no puede aplicarse de manera objetiva, sino que deben evaluarse las circunstancias de cada caso y analizar si la ausencia de notificación obedeció a causas atribuibles al demandante o, por el contrario, a la administración de justicia. Caso en el cual, se debe seguir adelante con el proceso, pues no opera la prescripción. (Subrayas fuera del texto)

Analizado el caso concreto encontramos que la admisión data del 25 de febrero de 2019, notificada por anotación en estados del 26 de febrero de 2019, y la aplicación de las disposiciones del Código General del Proceso, que se han aceptado por la jurisprudencia, no desplazan las reglas propias del procedimiento laboral. En materia laboral, en consecuencia, una vez admitida la demanda se considera interrumpida la prescripción

desde la fecha en que fue presentada (...)” (sentencias de julio 31 de 1991 Rad. 4336 y mayo 15 de 1995 Rad 7343).

Por consiguiente, la regla prevista en el artículo 94 del CGP, en cuanto a que la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre y cuando se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante del auto admisorio de la demanda no excluye lo anterior, por cuanto, pasado ese término, tales efectos solo se producen con la notificación al llamado a juicio.

Ahora, con el acervo probatorio, es posible constatar que la parte actora, en memorial del 11 de junio de 2019, solicitó el cambio de la dirección para notificar a la demandada, para ello aportó certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el día 6 de junio de 2019; en el referido documento, aparece registrada como dirección de notificaciones judiciales de la entidad la siguiente Carrera 19B #83-02, Oficina 703, atendiendo la solicitud, el Juzgado en auto del 18 de junio de 2019, autorizó realizarla en ese lugar.

En consecuencia, la parte actora intentó completar el proceso de enteramiento de la providencia que admitió la demanda, para probarlo, aportó los días 16 de agosto y 13 de septiembre de 2019, sendos memoriales con las constancias de envío de citación y aviso a la demandada, a la dirección antes mencionada.

Posteriormente, ante la no comparecencia del representante legal, lo procedente era que el despacho surtiera el trámite aplicando la normativa del artículo 29 del estatuto procesal del trabajo, sin embargo, solo fue atendida su solicitud mediante proveído del 19 de julio de 2021, en la cual se indicó: *«revisadas las presentes diligencias se observa que la parte demandada no ha dado cumplimiento a lo ordenado en providencia que antecede»*, ordenando así que se realice la notificación en la forma prevista en el Decreto 806 de 2020.

Ahora, teniendo en cuenta lo indicado por la Corte Suprema de Justicia esta *«no puede aplicarse de manera objetiva, sino que deben evaluarse las circunstancias de cada caso y analizar si la ausencia de notificación obedeció a causas atribuibles al demandante o, por el contrario, a la administración de justicia»*, quedando claro que la parte actora realizó las gestiones que le correspondían, esto es, remitir las comunicaciones indicadas en la norma procesal a la dirección de notificación de la demandada, y a pesar de que no se pudo lograr la comparecencia de la parte pasiva, en el devenir procesal la primera

instancia tardó más de dos años en emitir pronunciamiento sin que esa tardanza pueda endilgarse a la demandante.

Por otra parte, no son de recibo las alegaciones de la parte recurrente, cuando indica que la comunicación no fue recibida por funcionarios de la empresa, y no tiene sellos de recibido de la entidad, lo cual es cierto, sin embargo, nota la Sala que la comunicación sí fue entregada en la dirección que aparece registrada en el certificado de existencia y representación de la entidad y de ello da constancia la rúbrica del señor José Castaño, como se puede constatar en la siguiente imagen:

Constancia entrega citación

Dirección CARRERA 5 # 15-21 OFICINA 202 EDIFICIO PASAJE SANTANDER	Teléfono 0312810079
DESTINATARIO	
Nombre y Apellidos (Razón Social) ASEO MOVIL URBANO SAS	Identificación 00
Dirección CARRERA 19 B # 83-02 OFICINA 703	Teléfono 0

ENTREGADO A:

Nombre y Apellidos (Razón Social) SELLO DE RECIBIDO Y CORRESPONDENCIA
--

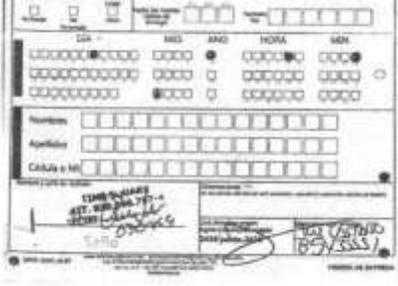


Constancia entrega aviso

Dirección CARRERA 5 # 15-21 OFICINA 202 EDIFICIO PASAJE SANTANDER	Teléfono 0312810079
DESTINATARIO	
Nombre y Apellidos (Razón Social) ASEO MOVIL URBANO S.A.S.	Identificación 00
Dirección CARRERA 19 B # 83-02 OFICINA 703	Teléfono 0

ENTREGADO A:

Nombre y Apellidos (Razón Social)



Por último, contrario a lo que expone la censura, el hecho de que, en los términos del artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el demandado que se oculta tenga derecho a que se le designe un curador para la litis o deba ser emplazado, so pena de que se quebrante su derecho de defensa, no desvirtúa la validez de la regla jurisprudencial por virtud de la cual se puede dar lugar a la interrupción de la prescripción, si se demuestran conductas tendientes a evadir la notificación de la demanda dentro del término previsto en el artículo 94 del CGP, pues se trata de dos situaciones diferentes. La primera medida tiende a conformar debidamente el contradictorio y evitar violaciones al derecho de defensa, mientras que la segunda pretende preservar los derechos sustanciales de un demandante que ha actuado diligentemente.

Por lo antes expuesto, la Sala considera que acertó la demandada, al declarar no probada la excepción propuesta.

3.5 DEL PAGO DE DIFERENCIAS EN PRESTACIONES

La parte opositora recurre la decisión, en cuanto a la liquidación realizada por la Juez de primer grado, asegurando que no adeuda suma alguna al demandante, por los conceptos referidos en la decisión revisada.

En la decisión cuestionada, la Juez condenó al pago de la suma de \$672.431 pesos, por concepto de diferencias en el pago de cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios y vacaciones.

Para determinar si se dio o no un pago deficitario de las prestaciones, la Sala realizó la liquidación de las cesantías de los años 2014 a 2016, intereses de cesantías de 2016 y 2017, vacaciones del 2016 y 2017 y las primas de servicios proporcionales al año 2017, en la siguiente forma:

Cesantías					
Periodos		Salario	Salario Dia	Dias	Cesantias
1/01/2014	31/12/2014	\$ 688.000	\$ 22.933	360	\$ 688.000
1/01/2015	31/12/2015	\$ 718.350	\$ 23.945	360	\$ 718.350
1/01/2016	30/12/2016	\$ 767.155	\$ 25.572	360	\$ 767.155
31/12/2016	28/02/2017	\$ 820.857	\$ 27.362	60	\$ 136.810
					\$ 2.310.315

Intereses a las cesantias			
año	valor cesantias	intereses	intereses anuales
2016	\$ 767.155,00	12%	\$ 92.058,60
2017	\$ 136.809,50	2%	\$ 2.736,19
total			\$ 94.795

Primas de Servicios					
periodo		salario	salario dia	dias	Primas
1/01/2017	28/02/2017	\$ 737.717,00	\$ 24.591	60	\$ 245.905,67
Total					\$ 245.905,67

Vacaciones					
periodo		salario	salario dia	dias	Vacaciones
1/01/2016	31/12/2016	\$ 689.455,00	\$ 22.981,83	15	\$ 344.728
1/01/2017	28/02/2017	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	2,5	\$ 61.476
Total					\$ 406.203,92

CONDENA TOTAL	
Valor Liquidado por 2da Instancia	\$ 3.057.219
Valor compensado	\$ 1.455.976
Diferencia a pagar	\$ 1.601.243

Realizados los cálculos, para la Sala que, se genera una diferencia de \$1.601.243, que resulta superior a la obtenida en la primera instancia, sin embargo, por tratarse de un punto que solo fue objeto de apelación por la parte demandada, en virtud del postulado de no reformatio in pejus, esto es, la prohibición de reformar en peor la providencia cuando se trate de apelante único, no se modificará la sentencia recurrida.

3.6 SANCIÓN MORATORIA

Con relación a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, corresponde a la sanción prevista por la ley para el empleador que obrando de mala fe deja de pagarle al trabajador a la terminación del contrato los salarios y prestaciones adeudadas, por cualquier causa de terminación del contrato.

Sobre el particular la jurisprudencia nacional en sentencia SL199-2021, citada en la CSJ SL3977-2022, la corporación afirmó:

[...] cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Según el anterior precedente, la condena por sanción moratoria no es automática, sino que es menester demostrar que el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudados se debe a su mala fe, por lo que, si existen razones que justifiquen razonablemente su incumplimiento, no hay lugar a imponerla.

Sin duda, no fue controvertido por ningún medio, la demandada a la fecha de terminación del vínculo laboral efectuó la liquidación definitiva de las prestaciones sociales y vacaciones del actor, pero no las pagó, y ello se debió a que, según el actor lo admitió durante el interrogatorio que absolvió, se negó a recibirlas por estar inconforme con el valor liquidado. Ante esta situación la demandada afirma haber agotado el procedimiento

Rdo. 11-001-31-05-022-2018-00564-01
Dte. Andrés Betancourt Aguilar
Dda. Aseo Movil Urbano
de pago por consignación, tal como lo indicó al contestar la demanda.

No obstante, es evidente que existió una deficiencia en ese pago que trajo como consecuencia que no produzca efectos liberatorios, esto es, no haberlo comunicado al trabajador a la última dirección registrada, solo en la audiencia del 20 de octubre de 2021 la demandada exhibió una guía con la cual pretendió acreditar el cumplimiento de este requisito.

A esta altura cabe recordar que el acto de consignación de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, y la constitución de un título judicial en la cuenta de pagos por consignación de prestaciones laborales a órdenes de un juzgado, es insuficiente para dejarlos a disposición del beneficiario, y exonerarse de la sanción moratoria, si no se satisface el requisito ineludible consistente en que el empleador debe agotar todos los mecanismos para notificar al trabajador de la existencia del valor consignado en su favor y del juzgado al cual debe acudir para retirarlo. Sobre este tópico es consistente la jurisprudencia, por ejemplo en la sentencia CSJ SL793 de 2022, señaló:

Sobre lo pertinente, debe decir la Sala, que el núm. 2. ° del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, reza:

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

Ha dicho la Corte en su jurisprudencia, que el pago por consignación libera al empleador de la indemnización moratoria (CSJ SL, 9 sept. 1966, GJ CXVII, n.° 2282, pág. 366-372), pero para ello, es menester que el trabajador sea enterado de la existencia del título de depósito judicial, y del juzgado al cual debe acudir para retirarlo.

Así lo sostuvo la Corte en la sentencia CSJ SL4400-2014, en la que al rememorar las providencias CSJ SL, 29 jul. 1998 rad. 2264, y CSJ SL, 20 oct. 2006, rad. 28090, en la que consideró:

1º) Sobre el pago por consignación.

En sentencia CSJ SL del 29 jul 1988, rad. 2264, la Corte recordó el sendero que hay que recorrer para que una consignación judicial sea plenamente válida en relación con el trabajador reclamante, de la siguiente manera:

El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante" (Sentencia 11 de abril de 1985).

Y en providencia CSJ SL del 20 oct 2006, rad. 28.090, la Sala dispuso:

importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento.”

Lo cierto es que en el caso concreto, la parte demandada no logró acreditar que realizó las actuaciones tendientes a notificar al actor de la existencia del depósito judicial consignado a su favor por concepto de liquidación definitiva de prestaciones sociales; por lo tanto, no puede considerarse que actuó de buena fe, o que el pago surtió efectos liberatorios que lo eximan de la imposición de la sanción, y en ese sentido, procede confirmar la condena a favor del demandante de la indemnización moratoria del artículo 65.

Con relación al argumento expuesto por la demandada referente a que el retardo en el pago se debió a la conducta del trabajador quien se negó a recibir el pago, observa la Sala que el empleador tenía a su disposición los mecanismos de ley – pago por consignación-, que como se explicó atrás realizó indebidamente; de manera que, la conducta del trabajador al no acudir a los llamados del empleador, no puede ser aducida como eximente de responsabilidad sobre el reconocimiento de la indemnización moratoria.

Ahora, la confirmación de la condena, al acreditarse que el demandante devengó el salario mínimo, trae como consecuencia que esta debe ser liquidada en la forma prevista en el parágrafo 2° del artículo 65 CST, esto es, a razón de 1 salario diario, que a la fecha de terminación febrero 28 de 2017, equivale a la suma de \$24.590,56 pesos, hasta la fecha que se verifique el pago efectivo, tal como lo dispuso la juzgadora de primer grado.

Con relación a las costas, se impone como costas en segunda instancia, la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de la demandada y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

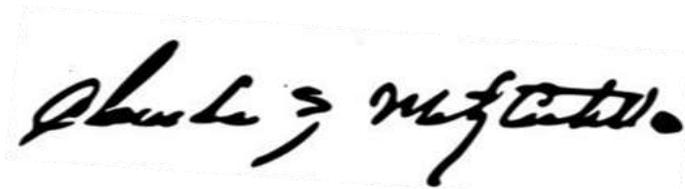
VI. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Andrés Betancourt Aguilar contra Aseo Móvil Urbano, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de la demandada y en favor del demandante. Fíjese como agencias en derecho, suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Notifíquese lo resuelto por **edicto, publíquese y cúmplase,**

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



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

Demandante:	Centro Diagnostico de Especialistas Ltda., Clínica Cedes Ltda.
Demandada:	Aseguradora Solidaria de Colombia.
Proceso:	Sumario
Decisión:	Confirma decisión
Radicado:	11-001-22-05-000-2023-00971-01 <u>11001220500020230097101</u>

En Bogotá DC, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral**, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Marceliano Chávez Ávila** y la ponente **Claudia Angélica Martínez Castillo**, se reunió para resolver el recurso de apelación presentado por la Aseguradora Solidaria de Colombia, contra la decisión proferida por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud el 29 de agosto de 2023, al interior del proceso que le sigue el **Centro Diagnostico de Especialistas Ltda.- Clínica Cedes Ltda.**

De conformidad con lo prescrito en el parágrafo 1° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, la Sala acoge el proyecto de la ponente que se traduce en la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

La empresa **Centro Diagnostico de Especialistas Ltda.- Clínica Cedes Ltda.** accionó contra Aseguradora Solidaria de Colombia, buscando el reconocimiento y/o reembolso de la suma de \$17.702.322, por concepto de pago de las facturas de prestación de servicios y ante la negativa de la accionada del reconocimiento de las facturas.

En sustento manifestó que en la Clínica Cedes Ltda., fueron atendidos los señores José Andrés Epiayu Epiayu y Humberto Libardo Ipuana Bouriyu, producto de la atención realizada con garantía de la póliza SOAT No. AT 1502-0173428-3 presentada al momento de ocurrencia del siniestro.

Que recibió varias comunicaciones por parte de la Aseguradora Solidaria de Colombia, por la cual emite pronunciamiento acerca del pago de las facturas reclamadas con la anotación de devolución, por considerarse no obligada por cobertura de póliza, por

presunción de desplazamiento en un vehículo distinto.

La IPS reclamante afirma que realizó el procedimiento adecuado, para garantizar el resarcimiento de los servicios prestados conforme a la póliza SOAT AT 1502-0173428-3, y que no lo competía realizar las investigaciones para verificar si el accidente ocurrió en el vehículo asegurado.

Por auto del 7 de noviembre de 2019, la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud, decide remitir el proceso a la Superintendencia Financiera de Colombia- Delegatura para funciones jurisdiccionales, para que asuma el conocimiento del proceso. Luego, la Superintendencia Financiera de Colombia- Delegatura para funciones jurisdiccionales, a través de la decisión del 23 de diciembre de 2019, promoviendo conflicto de competencia, y ordenando la remisión a la Sala Mixta de este Tribunal, a fin de que estableciere quien era el competente para conocer la actuación.

Finalmente, esta Corporación mediante providencia del 30 de enero de 2020, definió la competencia para conocer este asunto, la cual, recayó en la Superintendencia Nacional de Salud.

Por auto del 5 de agosto de 2020, la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud, admitió la demanda, surtió el traslado a la Aseguradora accionada (carpeta 05, C01).

La accionada no respondió la demanda en tiempo, por lo que, se tuvo por no contestada (Carpeta 08, Archivo Sentencia, Pág. 5, C01), sin embargo, en el citado auto no se decidió sobre las facultades judiciales otorgadas al doctor Tulio Hernán Grimaldo León. Y prosiguió el trámite procesal, profiriendo la sentencia condenatoria el 9 de marzo de 2023, en la cual accedió a las pretensiones de la demanda.; con fundamento en las pruebas al tener demostrados que se le brindó la atención médica requerida a los señores José Andrés Epiayu Epiayu y Humberto Libardo Ipuana Bouriyu, expidiéndose facturas por la prestación de servicios médicos durante su estancia en dicho establecimiento médico. Asevera que, la IPS demandante presentó ante la aseguradora enjuiciada, todos los documentos exigidos para obtener el pago de los servicios de salud prestados a los pacientes, por lo que, se declara infundadas las objeciones propuestas por la obligada (carpeta 08, C01).

Inconforme con lo decidido, la querellada presentó recurso de apelación, una vez concedido ante esta corporación procede a resolverlo (Carpeta 09 y 10, C01).

II.RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

La recurrente refutó la decisión en la siguiente forma:

Pide en su recurso que se revoque lo decidido en primera instancia, y en su lugar se declare probada las glosas formuladas para la parte opositora. Asegura que la reclamación está incompleta, además de advertir que el vehículo identificado con Placa PDV78E no participó en el accidente y que los involucrados en el incidente se movilizaban en una motocicleta sin póliza vigente.

CONSIDERACIONES.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO.

Siguiendo los argumentos expuestos en el recurso, y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente al punto de censura enrostrado por la apelante al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la Ley 712 de 2001, la Sala se ocupará de establecer si la primera instancia acertó o no al emitir condena en contra la aseguradora demandada, ordenándole el pago de las facturas reclamadas por la parte actora.

4.2. PRESUPUESTOS PARA LA VIABILIDAD DEL RECURSO.

Tenemos que hay legitimación en la parte que recurre porque con la decisión atacada hay mengua en sus intereses, el recurso es tempestivo, está cumplida la carga procesal de la sustentación y la providencia es susceptible de apelación.

4.3. PREMISAS NORMATIVAS.

El carácter polivalente del derecho a la salud concedido por nuestra Carta Política Constitución Política, al consagrarlo en los artículos 48 y 49 como un servicio público a cargo del Estado, y como una garantía de los ciudadanos para el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, como se condensó en la sentencia C-791-11, que se pronunció sobre la demanda de constitucionalidad incoada contra la Ley 1438 de 2011 que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, con la intención de generar condiciones más proteccionistas de este derecho, y que se centró brindar un mayor bienestar del usuario, y que la prestación del servicio se diera bajo los principios de oportunidad, calidad y eficiencia.

Ahora bien, las reclamaciones por incidentes viales se encuentran regladas en el Decreto 0056 de 2015¹, el cual, define el accidente de tránsito así «*suceso ocurrido dentro del territorio nacional, en el que se cause daño en la integridad física o mental de una o varias personas, como consecuencia del uso de la vía al menos un vehículo automotor*». La misma normativa define los conceptos de beneficiario como aquella «*persona que acredite tener derecho a los servicios médicos, indemnizaciones y/o gastos de que trata el título III del presente decreto*», y víctima es «*toda persona que ha sufrido daño en su salud como consecuencia de un accidente de tránsito, de un evento catastrófico de origen natural, de un evento terrorista o de otro evento aprobado*».

Así, los artículos 7, 8, 9 del citado decreto reglan sobre los servicios de salud que se deben prestar, legitimados para reclamar y a quien le corresponde la cobertura por los gastos en que incurra el prestador.

DEL CASO CONCRETO.

Definidas las premisas normativas a aplicar, entra la Sala a dilucidar los aspectos relevantes, conforme al recurso presentado.

La censura sostuvo que no le compete el reconocimiento de tales facturas, en razón a que, realizada una investigación administrativa por la entidad, de esta se concluyó que en el incidente en el que estuvieron involucrados los señores José Andrés Epiayu Epiayu y Humberto Libardo Ipuana Bouriyu, no se dio en el vehículo que se encontraba amparado por la póliza SOAT AT 1502-0173428-3, sino en uno distinto que no se encontraba protegido por un seguro vigente.

A juicio de esta Corporación, la primera instancia acertó al determinar que Aseguradora Solidaria de Colombia, debe responder por los gastos que asumió la IPS demandante, para la atención médica de los José Andrés Epiayu Epiayu y Humberto Libardo Ipuana Bouriyu, producto de la atención realizada con garantía de la póliza SOAT No. AT 1502-0173428-3 presentada al momento de ocurrencia del siniestro, advirtiendo que de conformidad a lo estatuido en el artículo 143 de la ley 1438 de 2011, se tiene que: «*Para la prueba del accidente de tránsito ante la aseguradora del SOAT, será suficiente la declaración del médico de urgencias sobre este hecho, en el formato que se establezca para el efecto por parte del Ministerio de la Protección Social, sin perjuicio de la intervención de la autoridad de tránsito y de la posibilidad de que la aseguradora del SOAT realice auditorías posteriores*».

¹ Art, 3 Dec. 0056-2015

Adicionalmente, el artículo 194 del estatuto orgánico del sistema financiero, en relación con la prueba sobre la ocurrencia de accidentes de tránsito, en su literal a establece que: «Será prueba del mismo la certificación que expida el médico que atendió inicialmente la urgencia en el centro hospitalario».

Aunado a lo expuesto, es cierto que los servicios de salud deben prestarse oportunamente, y estando obligados las IPS a proporcionar la atención médica requerida a los usuarios que acudan al establecimiento clínico, por lo que estas entidades de buena fe prestan sus servicios sin poder oponerse, además que, por la premura y urgencia, no tendría tiempo necesario para adelantar una profunda investigación sobre las circunstancias del evento.

Finalmente, tal y como lo estableció la primera instancia, mayores garantías tiene la aseguradora, dado que conforme a las pruebas que recaudo, y ante un eventual abuso del derecho por parte del tomador de la póliza, puede ejercer las acciones de repetición, acorde con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 056 de 2015.

Conforme con las razones hasta aquí expuestas, esta Sala confirmará la decisión de la Superintendencia de Salud en sus funciones jurisdiccionales.

En cuanto a la imposición de condena en costas, se hará conforme lo dispone el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por integración analógica, a la parte que resultó vencida al resolverse desfavorablemente el recurso de apelación y en favor del demandante.

Para la fijación de las agencias en derecho se atenderán las reglas del artículo 366-4 ya invocadas en el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, señalando la suma equivalente al 5% de la cuantía, determinada por el valor de la atención médica.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia No. S2023-000258 del 09/03/2023 proferida por la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia de Salud del 9 de marzo de 2023, dentro del proceso promovido por **Centro Diagnostico de Especialistas Ltda.- Clínica Cedes Ltda.** contra

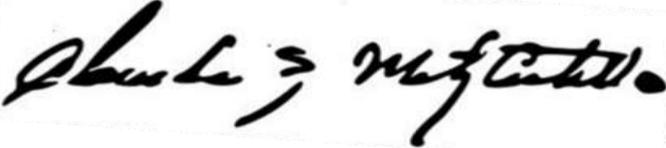
Aseguradora Solidaria de Colombia, según las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a Aseguradora Solidaria de Colombia y fijar como agencias en derecho la suma equivalente al 5% de la cuantía, determinada por la suma del valor de la atención médica, los cuales se liquidarán en la oportunidad correspondiente.

TERCERO: Comunicar a las partes la presente sentencia por el medio más expedito, conforme al párrafo 1° del artículo 41 de la Ley 1121 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, aplicable por analogía al trámite de segunda instancia.

CUARTO: Devolver el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, una vez se haya comunicado a las partes, y ejecutoriada esta providencia.

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



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

DEMANDANTE:	Jacquelin Vidal Luna
DEMANDADA:	Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colfondos SA Pensiones y Cesantías
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN:	Confirma sentencia.
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-039-2021-00167-01 11001310503920210016701

AUTO

Conforme con lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de los documentos allegados, (pdf. 07, 08 y 09, C02), se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones al doctor Michael Cortázar Camelo, con Tarjeta Profesional 289.256 del Consejo Superior de la Judicatura. Y conforme a los documentos allegados, (pdf. 14, C02), se reconoce personería a la firma MM Asociados SAS para actuar en representación de Colfondos, y a la doctora Eliana de la Barrera González, identificada con TP 314.035, como apoderada sustituta.

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintitrés (2023), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS; en consecuencia, se ordene a dicha entidad devolver a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional a que haya lugar y la actualización de su historia laboral; costas y agencias en derecho (pág. 144, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de septiembre de 1962; que estuvo afiliada al RPMPD, administrado por el ISS hoy Colpensiones desde el 1° de febrero de 1991 hasta el 30 de junio de 1994 donde alcanzó un total de 394.71 semanas cotizadas; que el 1° de julio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA; que a partir del 1° de junio de 1998 sus aportes a pensión fueron recibidos por la AFP Colfondos cotizando más de 1.165.71 semanas.

Mencionó que en ningún momento los asesores comerciales de las AFPs le brindaron una información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes; no le hicieron un estudio de su situación particular; resaltó que en este caso quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional es esta última AFP en mención.

Por otro lado, el demandante expuso que el 14 de enero de 2021 la AFP Colfondos dio contestación al derecho de petición informándole que no podrá acceder al derecho pensional de vejez "*por capital acumulado*".

Ahora bien, respecto de la reclamación administrativa el demandante informó que el 17 de marzo de 2021 radicó sendas peticiones ante Porvenir SA, y ante la AFP COLFONDOS solicitando copia del formulario de afiliación, la información que posean sobre el traslado de régimen y una proyección pensional comparativa. Sin obtener respuesta de ninguno de los fondos.

Análogamente a la fecha en la que se radicó los derechos de petición a las AFPs el demandante le solicitó a Colpensiones declarar la ineficacia de traslado de régimen, como al igual tramitar los traslados de los aportes realizados en el RPM y por último activar la afiliación en dicho fondo, para lo cual Colpensiones respondió de forma negativa, quedando agotada la reclamación administrativa.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandadas se pronunciaron de forma oportuna, así:

Colpensiones aceptó los siguientes hechos, la fecha de nacimiento, el período que estuvo afiliada al RPM y las semanas cotizadas, el agotamiento de la reclamación administrativa y la respuesta negativa; respecto de los demás hechos señaló que no le constan por radicar en cabeza de terceros. Para derruir las pretensiones propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC, 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 administrativas de seguridad social del orden público (pdf. 13, C01).

Porvenir SA, al contestar aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento, del traslado al RAIS y las peticiones que radicó; se opone a los relativos a las semanas cotizadas, al deber de información; que como consecuencia de la desinformación se trasladó de régimen; y que no le brindaron el acompañamiento e información completa, integral, veraz y transparente sobre la forma en que el traslado hacia el RAIS; y de las demás situaciones fácticas dijo no constarle.

Para controvertir los hechos formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe (pdf. 11, C01).

Colfondos SA guardó silencio a pesar de haber sido notificada en debida forma.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 24 de noviembre de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora JACQUELIN VIDAL DE LUNA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. y con efectividad a partir del 01 de junio de 1994 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media. Situación que también se deberá entender frente a las afiliaciones que se hizo al interior del RAIS, esto es de PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos, bonos pensionales si se han redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo, es decir, sin incluirse los rendimientos en la indexación.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera las sumas de dinero que recibió por gastos o comisiones por administración, que retornen los gastos o descuentos de primas previsionales y el porcentaje destinado Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos valores debidamente indexados, con destino a COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que los que habla el numeral segundo y tercero y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

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

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar el recibir a la señora JACQUELIN VIDAL DE LUNA al régimen de prima media.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. y COLFONDOS dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. Se aclara que las costas deberán pagarse conforme las regla 6 del art. 365 CGP, es decir, que se deberá repartir en partes iguales entre las demandadas ya mencionadas.

OCTAVO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta la presente sentencia por resultar órdenes a cargo de COLPENSIONES.

Consideró que, luego de revisadas las pruebas allegadas al plenario como el formulario de vinculación suscrito por la demandante y los consolidados de aportes de los movimientos de la cuenta de ahorro individual; no se puede inferir que le hubieran proporcionado la información completa, clara y comprensible que le permitiera tener claridad sobre la trascendencia de la decisión de traslado; y muchos menos con la nota preimpresa contenida en dicho formulario en la que se indicó que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó en forma libre y espontánea sin presiones.

Por otro lado, en el interrogatorio de parte el accionante no emite confesión o aceptación alguna de que le hayan explicado de manera concreta sobre las circunstancias, características, beneficios, condiciones y las consecuencias que

pueda traer el traslado de régimen, que de conformidad con lo preceptuado en el art. 196 del CGP la confesión es indivisible, es decir no se puede tomar como hechos aislados, sino que se acompasa con las aclaraciones, es por ello que no se puede acreditar que se haya dado una asesoría para tener plena certeza sobre su elección; que el retorno alegado no invoca un detrimento económico a Colpensiones y si fuera el caso, la entidad puede acceder a la justicia ordinaria para solicitar el resarcimiento de los eventuales perjuicios que se puedan causar.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP Porvenir** solicitó que se revoque la decisión del *ad quo* en cuanto a la declaratoria de devolución de emolumentos e indexaciones generadas, dado a que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria recibiendo información clara y completa sobre el RAIS como se constató en el formulario suscrito y en el que se expresó no haber actuado bajo fuerza, de igual forma en ningún momento elevó duda alguna e intento retornar al RPM; que no procede el retorno de los rendimientos, gastos de la administración y los seguros provisionales porque al declararse que el negocio jurídico nunca fue celebrado, tampoco se pueden generar a favor del demandante los frutos dados por la administración.

Por otra parte, resaltó que ya ellos habían hecho la devolución de los emolumentos contenidos en la cuenta de ahorro individual a Colfondos SA en el año 1998, cuando se produjo el traslado horizontal; así como tampoco la devolución de los seguros previsionales, cuando ya se trasladaron a las correspondientes aseguradoras contratadas entre los años de 1994 hasta 1998.

Colpensiones solicitó revocar la sentencia y se le absuelva de recibir dinero y activar la afiliación de la actora, ya que en este caso se acreditó que la demandante lo hizo voluntariamente y cumpliendo los requisitos legales exigidos para la época sobre cada traslado. Además, aseguró que no hay lesiones a los derechos pensionales de la señora Jacquelin, porque en ningún momento se le está desconociendo los mismos y que, por el contrario, cuando cumpla con los requisitos, se le garantizara la prestación económica; que la demandante estaba en la prohibición de traslado, porque le faltan menos de 10 años para la pensión.

Por último, trae a colación que la decisión del *a quo* afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el mantenimiento del régimen de prima media, por ser dineros de la nación que subsidian las pensiones presentes como las pensiones futuras, poniendo en riesgo el interés general.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, dado que, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia estableció el deber de información de los fondos privados y su acreditación, empero también indicó que era necesario analizar además lo expuesto por la parte demandante en el interrogatorio y su conducta durante la permanencia en el fondo, quien no ejerció su derecho de retorno, sino que siguió realizando aportes en su cuenta de ahorro individual; y que para la fecha del traslado no había norma que ordenara el deber del buen consejo o de la doble asesoría como tampoco la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que posee cada régimen pensional.

Finalizó advirtiendo que la devolución de los emolumentos indexados y rendimientos como la de los dineros destinados al pago de la administración y del seguro previsional puede llegar a incurrir en una doble condena a la AFP Porvenir SA, las primeras dos por la actualización de la moneda; y las segundas porque fueron invertidos conforme con la estructura del RAIS.

Colpensiones Solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y como consecuencia se niegue todas y cada una de las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en primera instancia; indicó a su vez una vez la demandante tuvo conocimiento de que aun existía una administradora de pensiones del RPM no se trasladó o solicitó información plena, pues por el contrario se mantuvo en el RAIS.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los art. 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó la juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Jacquelin Vidal Luna al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello. Y si hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Según el acervo probatorio arrimado, no hay duda de que **(i)** la demandante nació el 17 de septiembre de 1962 como se desprende de la fotocopia de cédula del demandante (pág. 11, pdf. 01, C01); **(ii)** que la señora Jacquelin Vidal cotizó en el RPM entre el 1° de febrero de 1983 hasta el 30 de junio de 1994 con un total de 394,71 semanas; **(iii)** que desde el 1° de julio de 1994 empezó a cotizar en la AFP Porvenir; **(iv)** que el 17 de marzo de 2021 el demandante radicó dos derechos de petición a la AFP Porvenir solicitó copia del formulario de traslado del RPM al RAIS, los soportes de la asesoría, una proyección pensional comparativa y que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; **(v)** que el 17 de marzo de 2021 se le solicitó a Colpensiones declarar la ineficacia del traslado de régimen y simultáneamente que se le active la afiliación de la demandante al RPM; **(vi)** y que Colpensiones respondió de forma negativa.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1° del art. 271 de la misma Ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato. Tal como lo dispone el art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los

afiliados, «*de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas*».

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando las administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los art. 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a

sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Ello por cuanto desde la creación de las AFP , estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el art. 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba el de informar, por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los art. 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto Porvenir SA afirmó al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida de manera suficiente para el caso (pdf. 11), y en sus alegatos hizo hincapié en que el demandante a pesar de no tener ninguna imposibilidad de retornar al RPMPD no lo hizo y, por el contrario, siguió realizando aportes en su cuenta de ahorro individual, la Sala no encuentra acertada tal objeción, porque la demandante fue clara al manifestar que la asesora del fondo que la abordó en el estacionamiento de su lugar de trabajo no le informó las características de dicho fondo como, la edad de pensión, la diferencia entre el

RPMPD y el RAIS, el tiempo de permanencia para un posterior traslado, los rendimientos financieros y la pensión en caso de fallecimiento.

De acuerdo a ello lo que denota el interrogatorio de la actora es que no se le suministró la debida y completa información por parte de la asesora de Porvenir SA, amén de que no es menos cierto que de acuerdo con la jurisprudencia descrita en párrafos precedentes, tenía como carga probatoria acreditarlo. Sin embargo, ninguna prueba contundente arrimó que dé cuenta de la información realmente suministrada al momento de su afiliación que implicó el traslado de régimen.

Pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, aunado a que tampoco se pueden escurar en que el afiliado no haya formulado cuestionamientos al momento de su traslado, o que haya manifestado en su interrogatorio que conocía la existencia de dos regímenes, porque de ello no se puede inferir que su traslado se hizo con la plena convicción de las ventajas y desventajas que ello le traería a futuro precisamente por la debida información suministrada por la AFP.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**.

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo tales supuestos, en cuanto a la inconformidad del fondo con la orden impartida en primera instancia consistente en ordenar a la AFP, devolver a Colpensiones todos los conceptos indexados, se impone precisar que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por

el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Pese a lo hasta aquí considerado, es claro que la inconformidad expuesta en el recurso no guarda correspondencia con lo decidido por el juzgador de primer grado, debido a que este claramente señaló y enfatizó que sobre los rendimientos financieros no se generaría indexación, así se dijo en la literalidad y quedó expresado en el numeral segundo del resuelve:

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos, bonos pensionales si se han redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo, es decir, sin incluirse los rendimientos en la indexación.

Por tanto, no hay lugar a modificación alguna por esta causa.

Ahora, en torno a los reparos de Porvenir SA que no hay lugar a la devolución del seguro previsional de invalidez y muerte porque fueron devueltos a la aseguradora, aun cuando las AFP suscriban un contrato de seguro para amparar los riesgos de invalidez y muerte; éste acto es independiente de la cuenta de ahorro del afiliado quien dicho sea de paso, no tiene la potestad de escoger para su beneficio una u otra aseguradora, sino que de acuerdo con la naturaleza jurídica del aseguramiento en el RAIS se pacta para que en caso de que el capital del afiliado no alcance a financiar el monto de la pensión que se cause por las contingencias de invalidez o muerte, pueda ser cubierto; pero la misma norma indica que los montos que se acumulen no harán parte del capital para financiar pensiones salvo que así lo disponga el afiliado.

En este caso, la declaratoria de ineficacia es producto del incumplimiento por parte de las AFP de su deber legal de dar al afiliado información clara, oportuna, veraz y eficaz, antes del traslado y/o afiliación; obligación de la administradora de pensiones y no en la aseguradora con quien contrató la protección del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.

Por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien la ocasionó, es la AFP como se ha reiterado en este proveído quien debe devolver las sumas que hagan parte de ese régimen y conceptos que correspondan de la cuenta de ahorro individual de afiliado, dentro de los cuales se encuentra la prima de seguro previsional por los riesgos de invalidez y muerte, que solo activa el seguro que lo ampara cuando se cause la pensión de invalidez o de sobreviviente, y su capital no alcance para financiar su pensión; de acuerdo a la normatividad estipulada en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, prevista para ambos regímenes.

De la obligatoriedad del pago del seguro previsional para el financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes y de invalidez tanto en el RAIS como en el RPM, la jurisprudencia ha conceptuado en sentencias como la SL1964 de 2022 lo siguiente:

Estos seguros, de naturaleza especial, se encuentran incluidos dentro del propio concepto de régimen de ahorro individual con solidaridad ya que conforme al artículo 59 de la Ley 100 de 1993 este régimen «es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título». y dentro de las características del artículo 60 literales a) y b) se encuentra que:

ARTICULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

b) . Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

[...] Respecto a los argumentos relacionados con el seguro previsional, baste reiterar lo asentado en providencia CSJ SL778-2021, en cuanto a que por el simple hecho de preferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.

Sobre el particular también se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las decisiones CSJ SL5429-2014, CSJ SL6094-2015, CSJ SL1363-2018, CSJ SL4204-2018 y CSJ SL5603-2019.”

Amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

De acuerdo con lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en apelación y consulta se modificará y confirmará.

En cuanto a la condena en costas de segunda instancia dada la no prosperidad del recurso se impondrá condena en costas para ambas recurrentes, tanto Porvenir SA como Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas las suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte demandante.

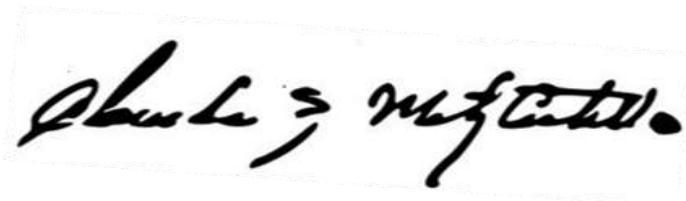
En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia revisada en apelación y consultada, por los motivos antes expresados.

SEGUNDO: Se impondrá condena en costas para ambas recurrentes, tanto Porvenir SA como Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas las suma de \$1.160.000.00, en favor de la parte demandante.

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



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

DEMANDANTE:	Diana Shirley Romero Contreras
DEMANDADA:	Caja Colombiana de Subsidio Familiar - Colsubsidio
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK	11001-31-05-003-2021-00180-01 11001310500320210018001

En Bogotá DC, a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Marceliano Chávez Ávila, y **Claudia Angélica Martínez Castillo, quien actúa como ponente**, se reunió para resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la parte demandante contra la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario promovido por la señora Diana Shirley Romero Contreras contra la Caja Colombiana de Subsidio Familiar - Colsubsidio.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

La señora Diana Shirley Romero Contreras pretende que por este medio se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con la Corporación Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio-, que terminó sin justa causa, por lo que operó la prórroga automática por el período inicialmente pactado, al no darle el preaviso. En consecuencia, le reconozca la indemnización por despido injusto equivalente a 334 días de salario por valor de \$21.550.793; indexación; extra y ultra petita; costas.

1.2. HECHOS

En sustento de sus pretensiones dijo que el 6 de diciembre de 2019 suscribió con la demandada un contrato a término fijo inferior a un año para desempeñar el cargo de profesora de lengua castellana, percibiendo un salario de \$1.847.000; que inició el 8 de enero y debía finalizar el 11 de diciembre de 2020, llegada la fecha del finiquito, las partes no expresaron su voluntad de no prorrogar el contrato, con lo que se renovó por un término igual al inicial; aun así, la empleadora el 20 de enero de 2021 le entregó la liquidación por valor de \$1.935.700, pero no reconoció indemnización por despido injusto.

El 18 de diciembre de 2020, la directora del colegio Colsubsidio Maipore, Martha Milena Montoya le informó telefónicamente que *«no continuaría laborando porque el contrato de ella no había llegado por orden comparativa»*. Aseveró que, aunque en la cláusula segunda del contrato se dijo que no habría prórroga, y que su vigencia correspondería con el período escolar, ese pacto es ineficaz; por ello se configuró la prórroga automática.

Narró que el contrato la tomó por sorpresa porque el 10 de diciembre de 2020 asistió a los exámenes de preingreso; y que su afiliación en salud siguió vigente el 20 de enero de 2021 acudió al médico de la EPS Famisanar, que le dio incapacidad 30 días y le pagaron.

1.3. CONTESTACIÓN

La demandada **Caja Colombiana de Subsidio Familiar - Colsubsidio** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la modalidad del contrato especial de docente por períodos escolares, los extremos temporales, el cargo desempeñado, la cláusula de no prórroga del contrato; que no consta de la incapacidad pagada por Famisanar EPS.

Agregó que sí le preavisó, y se hizo al momento de la suscripción del contrato, aclaró que el salario pagado correspondió al cargo desempeñado, destacó que la terminación obedeció a una causa legal y le pagaron todas las acreencias laborales; indicó que la cláusula de no prórroga del contrato es eficaz y, que la práctica del examen de preingreso no implica compromiso de renovación del contrato; dijo que la actora fue desafiliada de la EPS.

Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de fondo de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones, de obligación en la demandada, compensación, y prescripción.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 5 de abril de 2022 absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda, decisión que sustentó en que, de conformidad con la modalidad del contrato a término fijo para desempeñar el cargo de docente que suscribió la actora, no se puede predicar la prórroga automática, sino que la misma normatividad -artículo 101 CST- señala que el contrato tiene vigencia durante el período escolar; por ende, no requiere de previo aviso. Que la actora no acreditó el despido, y por el contrario lo que sí se probó fue que el contrato terminó por una causa legal, como lo fue el vencimiento del término pactado entre el 8 de enero y el 11 de diciembre de 2020, el cual ella misma afirmó en los hechos que soportan las pretensiones y así lo confesó en su interrogatorio. Por lo que concluyó que al no haber demostrado la actora el despido, ello exonera a la demandada de la indemnización por despido injusto.

II. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

La apoderada de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio- solicitó la confirmación de la sentencia, con fundamento en las mismas razones expuestas en la contestación y en los alegatos.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala analizará si la decisión del juez estuvo acertada al absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda, o si se demostró la terminación del contrato sin justa causa, para que le sea reconocida a la actora la indemnización por despido injusto.

3.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

No son hechos discutidos, (i) la relación laboral que surgió entre la demandante Diana Shirley Romero Contreras y la demandada Caja Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio- a través de un contrato a término fijo interior a un año, en el cargo de docente y el término pactado desde el 8 de enero al 11 de diciembre del año 2020 (pág. 17-24, pdf. 001 *idem*); la liquidación pagada a la finalización del contrato (pág. 29, *idem*).

3.4. CONTRATO ESPECIAL A TÉRMINO FIJO PARA DOCENTES Y PREAVISO

Acreditada como se encuentra la relación laboral que trezó a las partes en contienda, y que no fue un hecho discutido ni la forma de vinculación o los extremos temporales pactados, la jurisprudencia tiene adoctrinado que ante la existencia de un contrato de profesores o docentes, que como característica especial consagrada en el artículo 101 del CST, su duración se extiende por el mismo período de vigencia del escolar o académico, como en la sentencia radicada 43764 del 24 de agosto de 2016, que de antaño ha señalado:

Según el precitado artículo 101, la regla es la de que tales contratos se entienden celebrados por el año escolar ante el silencio de las partes contratantes sobre el término de duración de la relación.

Ahora bien, por año escolar esta Sala, de antaño, ha entendido el “equivalente al periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año, sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario.”

Así mismo por vía constitucional se ha decantado que el mentado artículo 101 *idem*, consagra una norma supletiva del plazo que se acuerde cuando el contrato medie para desarrollar una relación laboral docente, que se tendrá el del período escolar a falta de convenio entre las partes, pero que, si existe consentimiento en un plazo o término específico, éste gobernará el contrato (sentencia C-483-1995).

La Sala de Casación Laboral ha reiterado que el contrato de profesores o docentes, no se regula por el artículo 46 del CST, sino por el 101, y en virtud de ello no les aplica

el preaviso para la no renovación del contrato, como se dijo en la sentencia radicado 47494 del 1 de agosto de 2018:

Al margen de que el cargo fue presentado por la vía directa, de aceptarse que la parte actora apeló para el reconocimiento de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo a término fijo de un año, bajo el supuesto que había operado la prórroga automática, es de advertir por la Sala que esta clase de contrato no prevé el preaviso o el desahucio, de manera que el contrato finaliza por su propia virtud, sin que opere la prórroga automática.

Delimitado el escenario jurídico que regula las relaciones laborales de los docentes, es claro que en el caso bajo estudio, el núcleo central se contrae a determinar si le asiste a la demandante el derecho o no al reconocimiento de la indemnización por despido injusto ante la falta de preaviso de la no prórroga del contrato, a lo que debe decirse que la reflexión de esta Sala coincide con el criterio del juez de primera instancia, quien acertadamente concluyó en primer lugar, que no demostró la activa, que el contrato celebrado con Colsubsidio hubiera terminado por despido, sino que quedó plenamente acreditado en el sumario que el vínculo feneció por el vencimiento del plazo pactado en el contrato, que coincide con el término del período escolar y que como la misma demandante lo confesó en el interrogatorio, que laboró hasta el día 11 de diciembre de 2020, pero que el contrato no le fue renovado.

En segundo lugar, que muy a pesar de que no se requiera preaviso para la terminación de este tipo de contratos donde se advierte, surge claro e inteligible de la redacción del contrato, que no solo se pactó un plazo de terminación del contrato, que se cumplió hasta llegar a su término, y que aun cuando no se requería el preaviso se le suministraron al momento de la suscripción de éste, situación fáctica que también fue aceptada por la actora en su interrogatorio.

Colofón de lo antes dicho, lo cierto es que no podría tenerse, como equivocadamente lo entendió la demandante, como un contrato de trabajo que requería un preaviso al amparo de la normatividad contenida en el art. 47 del CST, cuando se itera de los elementos de convicción se extrae sin lugar a dudas que el contrato celebrado fue para la prestación del servicio de docente en una institución educativa privada, con un término fijo.

De esa manera es claro que el juez no se equivocó al declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación, porque no había otra resolución al litigio planteado que absolver a la demandada de la indemnización por despido sin justa causa; en consecuencia, se confirmará en todas sus partes la decisión de primera instancia.

Sin lugar a condena en costas en esta segunda instancia, por conocer del proceso en grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

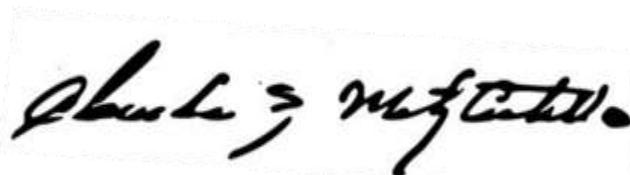
V. RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora Diana Shirley Romero Contreras en contra de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar – Colsubsidio-; conforme con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en segunda instancia.

Notifíquese por **edicto, publíquese y cúmplase**,

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado