República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RAFAEL ALEJANDRO RODRÍGUEZ SANDOVAL contra **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 005 2018 00546-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada contra a la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de febrero de 2020.

La parte demandada allegó escrito de alegatos en el cual solicitó revocar la sentencia al reiterar lo manifestado en la contestación de la demanda frente a la aducida inexistencia del contrato de trabajo entre las partes.

A su vez el apoderado del demandante dijo reiterar lo expresado en sus alegatos de conclusión expuestos en la oportunidad procesal respectiva en la primera instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada s, a término indefinido y por el lapso comprendido entre el 19 de febrero de 2013 y el 16 de diciembre de 2017, con un salario diario de $135.491, para realizar la labor de actor (caracterización de personajes), por lo cual pretende el reconocimiento y pago de cesantías e intereses, vacaciones, primas legales, indemnización por despido, indemnización moratoria y aportes a pensión.

Como fundamentos fácticos de esas pretensiones manifestó que fue vinculado laboralmente por la entidad demandada para realizar funciones correspondientes a las visitas a las empresas afiliadas a la Caja de Compensación y hacer entrega de obsequios en fechas de celebraciones como el día de la madre y otras, en cuyo ejercicio obedecía las órdenes y cumplía los horarios que le eran impuestos por la enjuiciada, actividades por las que le era cancelada una remuneración; dijo haber estado vinculado de manera continua hasta el 16 de diciembre de 2017 fecha en que le fue terminado el contrato por decisión unilateral de la demandada y sin justa causa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada dio contestación mediante escrito que obra a folios 113 a 144, en el que se opuso a las pretensiones al negar la existencia del vínculo laboral con el demandante y manifestar que la vinculación tuvo lugar como contratista independiente para realizar de forma ocasional actividades en diferentes eventos de CAFAM, correspondientes a apoyo logístico en las empresas afiliadas, lo cual ocurrió de manera interrumpida, autónoma e independiente. Propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral entre las partes, inexistencia del contrato realidad invocado, ausencia de los elementos del contrato de trabajo, improcedencia de la sanción moratoria, buena fe y mala fe del demandante.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 20 de febrero de 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que entre RAFAEL ALEJANDRO RODRIGUEZ SANDOVAL y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM, existió un contrato de trabajo verbal entre el 4 de febrero de 2013 al 16 de diciembre de 2017.
SEGUNDO: CONDENAR a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM a pagar a ALEJANDRO RODRIGUEZ SANDOVAL las siguientes sumas, por los siguientes conceptos:

1. *$8'941.837 por concepto de auxilio de cesantía.*
2. *$839.451 por concepto de intereses de cesantía.*
3. *$5'934.133 por concepto de primas de servicios*
4. *$2'755.044 por concepto de compensación en dinero de vacaciones.*
5. *$4'931.019 por concepto de indemnización por despido injusto.*
6. *$82'450.708 por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.*
7. *$33.060.533 por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., por el periodo del 16 de diciembre de 2017 al 16 de diciembre de 2019, a partir del 16 de diciembre de 2017 al 16 de diciembre de 2019, a partir del 17 de diciembre de 2019, la demandada deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superbancaria y sobre un capital de $15'715.421 y hasta el momento en que se verifique el pago de prestaciones.*

TERCERO: ORDENAR a la CAJA DE COMPESACIÓN FAMILIAR CAFAM, a pagar a nombre del señor RAFAEL ALEJANDRO RODRÍGUEZ SANDOVAL, el cálculo actuarial no aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones por el periodo del 4 de febrero de 2013 al 16 de diciembre de 2017, teniendo en cuenta un salario base de cotización de $2'092.559 para el 2013, $2'225.552 para el 2014, $2'055.644 para el 2015, $1'441.761 para el 2016 y $1'377.522 para el 2017, este cálculo se pagará a la entidad de Seguridad Social a la cual se encuentre afiliado el actor, al momento de realizar y pagar dicho cálculo.
CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción con anterioridad al 16 de diciembre de 2014, excepto cesantías y aportes a pensión, y declarar NO PROBADAS las demás excepciones.
QUINTO: COSTAS a cargo de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM, se tasan como agencias en derecho la suma de $10'000.000."

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

La apoderada de la parte demandada recurrió la sentencia y solicitó que fuera revocada en su integridad, al argumentar en síntesis que de acuerdo con lo demostrado en el juicio, entre las partes no existió el contrato de trabajo que declaró el a quo en su decisión, pues si bien el actor desarrollo unas actividades estas nunca correspondieron a una prestación de servicios para Cafam y menos aún existió subordinación; sostuvo que la actividad correspondió a apoyo logístico en las diferentes empresas afiliadas a la Caja de Compensación, las que fueron prestadas de manera interrumpida y en forma autónoma e independiente, como lo manifestaron los testigos que por la parte demandada comparecieron al proceso; señaló que a pesar de haber existido comunicación entre el actor y algunas personas de la entidad, eso solamente fue para efectos de ejecutar las actividades en forma adecuada, sin que nunca se le hubiera impuesto el deber de cumplir con un horario, toda vez que como el mismo demandante lo manifestó al absolver interrogatorio de parte y lo corroboraron los testigos de la demandada la citación a prestar unos servicios de caracterización era efectuada mediante correo electrónico y el actor podía decir si acudiría o no sin que ocurriera nada por no asistir, pues simplemente se llamaba a otra persona a cubrir esa actividad.

C O N S I D E R A C I O N E S

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala examinará si en el presente asunto se acreditó o no la existencia del vínculo laboral entre las partes, y para resolver lo pertinente, se tiene que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*".

A su vez el artículo 23 de la referida norma, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990 agrega que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran 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 y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24 subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2º, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Se advierte que con la demanda fue allegada la prueba documental que obra a folios 5 a 93, que corresponde a las cuentas de cobro presentadas mes a mes por el demandante entre el 30 de enero de 2013 y el 16 de diciembre de 2017; así como la certificación en original expedida por el Jefe de la Sección de Caja de la demandada de fecha 22 de marzo de 2018, en las que se determinan los montos y las fechas en que se le efectuaron los pagos por los servicios prestados las que figuran con fechas continuas cada mes entre el 4 de febrero de 2013 y el 22 de diciembre de 2017; documento que igualmente fue allegado en fotocopia con la contestación de la demanda.

Se recibió el interrogatorio de parte a quien compareció en calidad de Representante Legal de la demandada, el cual dijo no haber existido vínculo laboral con el demandante; sostuvo que las actividades recreativas que realizó el demandante como actor eran esporádicas y sin subordinación; el Juez le indagó respecto de la contradicción que se presenta entre esa respuesta y lo que aparece en el documento de folios 91 a 93, que corresponde a una certificación expedida por la demanda sobre los montos de los pagos efectuados al actor y las respectivas fechas de los

mismos que le fue puesto de presente respecto del cual se le interrogó sobre la continuidad de fechas que en el aparecían y luego de solicitar la suspensión de la pregunta manifestó: "*señor Juez con respecto a los topes temporales de las actividades realizadas por el señor RAFAEL ALEJANDRO RODRIGUEZ SANDOVAL efectivamente la certificación que expiden de Caja corresponde a los periodos del tope inicial el 4 de febrero de 2013 y final, último pago el 22 de diciembre de 2017, es la información que me confirman de Caja que existe allá.*"

En el interrogatorio de parte rendido por el demandante manifestó que durante todo el tiempo de su vinculación realizó sus actividades en forma diaria sin que hubieran existido interrupciones, las cuales describió como inherentes a recreación en las empresas afiliadas, de acuerdo con las instrucciones que le daba personal de Cafam; dijo que llegaba a las instalaciones de la demandada en Floresta donde tenían un transporte dispuesto para el desplazamiento al lugar en donde debía efectuar su actividad y que eso lo hacía en un horario de seis de la mañana a seis de la tarde, porque era la demandada la que determinaba las empresas a las que se debía asistir, así como los horarios, para coordinar esas actividades se presentaba ante Adriana González y existía un coordinador de nombre Felipe; esas actividades eran asignadas mediante correo electrónico, pero igualmente se hacían llamadas telefónicas para concretar, sin que pudiera rechazar esa convocatoria. Dijo que esa actividad solo la realizó de manera continua para Cafam. Manifestó que para el pago le pedían pasar cuentas de cobro, dijo que los turnos eran diarios de 8 horas y muchas veces en más de esas 8 horas, lo cual sostuvo haberlo hecho de forma continua sin ninguna interrupción; afirmó que la respectiva actividad podía durar 2 horas, pero se tenían programadas en el mismo día actividades en diferentes empresas y cuando había un espacio de tiempo le hacían volver a la sede de Cafam a realizar labores con el coordinador relacionadas con la logística como envolver dulces o la que asignara el coordinador porque siempre se tenían que completar mínimo las 8 horas diarias.

Rindió testimonio ADRIANA PATRICIA GONZÁLEZ CHAVARRO quien afirmó ser de profesión Comunicadora Social y Periodista, dijo laborar para CAFAM inicialmente como Auxiliar de Oficina del 2012 al 2015, del 2016 al 2019 como Oficinista de Operaciones y posteriormente como Programadora de Recreación; dijo que como Auxiliar de Oficina en la Unidad de Eventos Especiales, en la que se hacían campañas de activación cada vez que lo requería algún Gerente de Cuenta, una a la semana en los meses de enero y febrero, pero regularmente podían ser diez o

más, las que se podían hacer por empresa toda una semana o dos o tres veces por semana de acuerdo con la disponibilidad; manifestó que el actor era convocado para esas actividades unas veces mediante correo electrónico o en ocasiones por llamada, en el que se le indicaba la hora en que debía acudir; informó que al actor se le entregaban los trajes para las caracterizaciones, dice que esas actividades las realizó al demandante durante aproximadamente 3 años. Que generalmente el actor se trasladaba a las instalaciones de Cafam para luego desplazarse a la respectiva empresa afiliada, pero en algunas ocasiones se dirigía directamente a las empresas. Dijo ser quien recibía las cuentas de cobro que presentaba el demandante, las que ella tramitaba para su pago en a la Unidad de Información y Control, luego al área de Tesorería y de ahí a pagos; informó que los referidos eventos podían durar desde 2 horas, pero en algunas ocasiones hasta de 7 u 8 horas, dependiendo del número de personas de la respectiva empresa, que podían ser de 10 hasta 200. Manifestó que esos eventos eran determinados por Cafam por medio de un Programador que era funcionario de la demandada.

En la versión dada por el testigo ALEXANDER ROJAS GORDILLO dijo ser empleado de Cafam desde 1999, que del año 2010 al 2014 pasó a ser profesional en el área de mercadeo y desde 2019 como Coordinador; se refirió a las actividades realizadas por Cafam ante las empresas afiliadas; sostuvo haber tenido contacto con el actor en el mes de marzo de 2017 en razón a las actividades que se migraron de eventos especiales relacionados con las campañas que se realizaban en las que intervenían los caracterizados a quienes se les hacía la convocatoria, dijo que eran alrededor de 15 personas, sostuvo no haber tenido contacto directo con el demandante porque eso lo hacía un oficinista.

Igualmente declaró ANDRÉS ENRIQUE GÓMEZ ROMERO, dijo estar vinculado con la demandada desde hace 20 años cuando ingresó como recreador, pasando como programador logístico en eventos, a su regreso a la entidad en el año 2008 fue designado como Programador de Recreación, se refirió a sus funciones en esa actividad, así como a las diferentes actividades que se realizan como las de caracterización y protocolo; dijo que para la ejecución de esa labor se hace una vinculación con terceros a quienes se les paga por medio de cuentas de cobros; con antelación se ejercía esa actividad de manera directa con personas vinculadas a Cafam; sostuvo no ser el testigo quien convocaba al demandante, sino un oficinista que en su momento fue Adriana González, aunque en algunos eventos coincidió su

asistencia con la del demandante, a quien se le indicaba la hora determinada a la que debía llegar y debía permanecer hasta cuando se terminara el servicio; dijo que terminada la actividad el demandante se retiraba a ejercer sus otras labores.

El deponente FELIPE HUERTAS AMAYA, dijo haber conocido al actor a mediados del año 2013 y hasta diciembre de 2017, cuando igualmente estuvo vinculado con la demandada como contratista, dijo haber promovido proceso contra la entidad que se encuentra pendiente de decisión en segunda instancia. Respecto de la situación del actor en la entidad demandada dijo que estuvieron relacionadas con actividades de caracterización y el testigo como coordinador, debiendo reportar a Adriana González, si el demandante había llegado de manera puntual, si contaba con los disfraces necesarios, así como la hora de terminación del evento y en general si se cumplían las directrices respecto de la actividad, manifestó que el actor asistió a los eventos para los que fue convocado, recordó que solo en una ocasión cuando no pudo asistir, "*fue sentado*", es decir no lo dejaron participar. Informó que terminada la respectiva actividad si había sido de dos a tres horas los enviaban a otra actividad en diferente empresa, pero muchas veces esas presentaciones duraban de 5 a 7 horas. Manifestó que si se presentaba alguna situación de incumplimiento o de falta en quienes ejercían esas actividades debía reportarlo a Adriana González y lo hacía de manera verbal. Dijo que en esa actividad siempre tuvo contacto semanalmente con el actor. Manifestó que existió capacitación de parte de Cafam para la realización de esas actividades.

La testigo YENI MILENA SANTA BARRERO, dijo ser de profesión psicóloga, estuvo vinculada para CAFAM durante los años 2012 a 2018, como contratista y dos meses y medio ante de finalizar la vinculación, estuvo como empleada de planta; dijo haber promovido demanda contra la entidad. Manifestó haber realizado la actividad de operador logístico, como contratista ejerciendo actividades relacionadas con el portafolio de servicios, mercadeo corporativo, telemercadeo, apoyos en capacitaciones; dijo haber conocido al actor cuando ingresó a realizar campañas de la imagen corporativa de Cafam ante las empresas afiliadas y coincidían en esas actividades que eran frecuentes entre 3 a 5 días a la semana, lo veía de manera frecuente porque lo llamaban para esas actividades que debía realizar. Dijo que el demandante debía reportar su actividad a Adriana González y a los coordinadores en cuanto a la duración, la cantidad de personas que concurrían, sostuvo que en esa actividad existía control de parte de Cafam porque si existía algún incumplimiento se imponían sanciones como no convocarlo a otra actividad.

El testigo JOAN SEBASTIAN CORONEL BUENO, dijo haber conocido al demandante en los años 2013 a 2017, en Cafam y lo identificó como compañero de trabajo, sostuvo tener promovido proceso contra la parte demandada. Informó que la señora sostuvo que Adriana González lo convocaba junto con el demandante para realizar actividades en eventos y coincidían 3 o 4 veces al mes; informó que esas actividades eran organizadas por Cafam mediante el gerente de cuenta respectivo y se refirió a la forma en que se realizaban esos eventos.

Verificados tale medios de prueba, es preciso indicar que no pueden ser desvirtuadas las declaraciones vertidas al proceso frente a las mutuas tachas efectuadas por los apoderados de las partes, por ser unos testigos empleados de la entidad y los otros haber promovido procesos contra la misma, toda vez que las manifestaciones por ellos efectuadas corresponden a las situaciones que de manera directa conocieron y que permitieron obtener la información necesaria para los fines probatorios de este juicio.

Determinado lo anterior debe reiterar la Sala que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que lejos de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica; entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual. En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

Entonces, del análisis en conjunto de las pruebas, resulta evidente que el demandante prestó sus servicios para la entidad demandada en la forma que ha quedado antes descrita, con la realización de actividades denominadas "*caracterización*", o como la califica el libelista de actor, en las diferentes campañas

que desarrollaba la Caja de Compensación Familiar ante las empresas afiliadas a la misma, sin que a juicio de la Sala la parte demandada haya desvirtuado la presunción que operó en su contra, ya que de los medios probatorios reseñados en esta sentencia, se establece que el actor ejerció esas actividades de manera continua y nunca fue esporádica como se adujo por la parte demandada, además estuvo sujeto a subordinación jurídica, elemento característico y diferenciador del contrato de trabajo, de cualquier otra modalidad de prestación de servicios personales.

En el presente asunto se evidenció que el demandante desarrollaba los servicios ya referidos, mediante aparentes contratos verbales de prestación de servicios en los que a pesar de haberse argumentado que eran de forma esporádica, se reitera que lo fueron en forma continua e ininterrumpida desde el 4 de febrero de 2013 al 16 de diciembre de 2017, como finalmente lo admitió el representante legal de la demanda al ser requerida su respuesta concreta por el Juez en la respectiva audiencia de interrogatorio de parte, de donde se evidenció que mediante tareas que desarrolló durante toda la vigencia del contrato en forma continua e ininterrumpida no percibió pago por concepto de prestaciones sociales, ni los demás conceptos laborales sobre los que el a quo dispensó las condenas, toda vez que la sociedad demandada mediante la figura de contratos de prestación de servicios encubrió la realidad del contrato de trabajo que ejecutó el actor, sin que aparezca acreditada la buena fe del empleador, pues no basta afirmar que consideró estar vinculado con el demandante a través de varios contratos de prestación de servicios, por cuanto en esas actividades no se pudo establecer por la parte demandada la aducida independencia para su realización, pues por el contrario se demostró en el juicio que las realizó de acuerdo con las instrucciones y con los elementos de trabajo que suministraba la demandada, características que no ofrecen una duda razonable respecto a la naturaleza del contrato de trabajo.

Al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate probatorio, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto el demandante estuvo ligado con la demandada en virtud de una vinculación de carácter independiente, ni diferente a la que se evidenció que

correspondió a un contrato de trabajo, situación que conduce a confirmar la decisión recurrida.

COSTAS A cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de $700.000, las que deberán liquidarse en la oportunidad procesal pertinente.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de febrero de 2020, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, se fija como agencias en derecho la suma de $700.000.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

INCLÚYASE en la liquidación de costas, como agencias en derecho a cargo de la parte demandada la suma de $700.000.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARCIA LILIANA MARTÍNEZ HERRERA contra **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM Y SALUD TOTAL EPS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 006 2016 00670 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada contra a la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante como pretensiones principales fuera declarada la existencia de un contrato de trabajo con la EPS SALUD TOTAL S.A., por el tiempo comprendido entre el 20 de octubre de 2008 y el 13 de enero de 2014 durante el cual devengó el salario mínimo legal; solicitó las condenas por los conceptos laborales correspondientes a cesantías, intereses de cesantía y sanción por no pago, vacaciones, primas de servicios, aportes a seguridad social en salud y pensión, sanción moratoria por no consignación de cesantías e indemnización moratoria. En forma subsidiaria pidió declarar la existencia del contrato de trabajo

con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM frente a la cual reclamó las mismas condenas.

Como fundamentos fácticos sostuvo que entre las demandadas existió un contrato de oferta mercantil suscrito el 30 de julio de 2008 cuyo objeto correspondió a la prestación de servicios para el manejo y administración de los procesos requeridos para el cumplimiento del objeto social de la EPS; que la demandante suscribió un convenio de asociación con la Cooperativa de Trabajo el cual estuvo vigente entre el 20 de octubre de 2008 y el 13 de enero de 2014 y se suscribió para que prestara sus servicios como Asesor Profesional en la EPS Salud Total; informa que igualmente devengaba otros beneficios o comisiones por afiliaciones de personas a la EPS, así mismo se le reconoció una ayuda de movilización equivalente al auxilio de transporte legal. Manifiesta que siempre prestó sus servicios para la EPS demandada en sus instalaciones, con la imposición de la misma de un horario y con los elementos de trabajo suministrados. Finalmente relaciona la composición del Consejo de Administración de la Cooperativa y señala que sus socios fundadores igualmente son accionistas mayoritarios de la EPS demandada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SALUD TOTAL EPS-S S.A., dio contestación mediante escrito incorporado en el cuaderno 1 folios 460 a 470, en el que como fundamento de su oposición manifestó que en efecto el contrato de oferta mercantil referido en la demanda se suscribió; se opuso a la prosperidad de las pretensiones con el argumento de no haber existido vínculo laboral alguno con la demandante al señalar que la labor ejercida en cuanto al proceso comercial de afiliaciones de usuarios y traslados a esa EPS fue siempre en virtud de su calidad de asociada de la Cooperativa codemandada. Propuso las excepciones de falta de causa sustantiva para la acción, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de solidaridad respecto de Salud Total EPS S S.A., prescripción, buena fe,

pago, compensación, mala fe y temeridad de la demandante y la innominada.

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM, contestó la demanda como se acredita a folios 583 a 635 del cuaderno 2, en el cual manifestó que la actora tuvo la calidad de trabajadora asociada de esa Cooperativa y al suscribir el convenio de asociación acató los estatutos y regímenes de la entidad de manera libre y voluntaria. Como excepciones de mérito propuso las que denominó aplicación del régimen de cooperativismo como exclusión del régimen laboral, inexistencia dela relación laboral, buena fe de la demandada, mala fe de la demandante, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, pago y la innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de febrero de 2018, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO: CONDENAR a la demandada EPS S SALTUD TOTAL S.A. a reconocer y pagar a la demandante señora MARCIA LILIANA MARTÍNEZ HERRERA, las siguientes sumas y conceptos:

a) $573.148 por la diferencia en el auxilio de cesantía.
b) $91.103 por la diferencia en los intereses de cesantía.
c) $373.291 por la diferencia en la prima de servicios.
d) $379.597 por la diferencia de vacaciones.
e) $716.256 por la diferencia de aportes en salud.
f) $1'071.683 por la diferencia en aportes a pensión que deberá pagar SALUD TOTAL a la entidad de seguridad social a la cual se encuentre afiliada la demandante.
g) Los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación establecida por la Superintendencia Financiera sobre las diferencias insolutas de pago desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta cuando se proceda al pago de la obligación.

SEGUNDO: SE ABSUELVE de las restantes pretensiones de la demanda.
TERCERO: La excepción de prescripción propuesta por la parte demandada se declara probada parcialmente a partir del 16 de diciembre de 2013 hacia atrás de conformidad con la parte motiva de esta decisión.
CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se foja la suma de $650.000 por concepto de agencias en derecho."

IV. RECURSO DE APELACIÓN SALUD TOTAL EPS S.A.[1]

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia y para ello en síntesis, señaló que en este caso no se encuentra demostrada la desnaturalización del convenio de asociación suscrito entre la Cooperativa y la demandante, puesto que no hay prueba alguna de que Salud Total EPS le haya impuesto horarios, reglamentos, potestades disciplinarias y por el contrario se demostró que la Cooperativa es una organización de asociados en la cual existió un orden jerárquico que coordinó las labores de la demandante a efectos de crear y mantener el trabajo asociado de la misma.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del C.P.T y S.S- la Sala estudiará si la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum, desfiguró el convenio asociativo que celebró con la demandante, al haber actuado

---

[1] *"Interpongo recurso de apelación para solicitar al Honorable Tribunal que revoque la sentencia y nos absuelva, respetuosamente manifiesto no estar de acuerdo con lo considerado por el Despacho al quedar demostrado el convenio de cooperativismo por medio del cual se entregó el proceso a la Cooperativa de Trabajo Asociado demandada que la vinculación se hizo dentro del marco del convenio asociado de acuerdo con los parámetros de la Ley 79 de 1988, Decreto 4588 de 2006 y demás normas concordantes de acuerdo con la plena autonomía de los asociados; de las pruebas allegadas al expediente se puede colegir que la fuerza de trabajo fue coordinada por los mismos asociados de la cooperativa lo que se traduce en la autogestión o autogobierno ya que eran los gerentes en la escala jerárquica los que tenían contacto con los clientes y Salud Total siempre actúo dentro de ese marco sin que hubiera intermediación laboral, como ha sido indicado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema y del Consejo de Estado al indicar que la supervisión o auditoría no desencadena subordinación; en el presente caso quedó plenamente descartado porque se logró demostrar que la EPS no tenía ninguna injerencia en la forma en que la señora Martínez desarrollaba su labor pues prestaba sus servicios de manera directa a la cooperativa en el convenio de asociación y mi representada no daba órdenes a la demandante; es importante tener en cuenta que desde mi punto de vista no se valoró adecuadamente la documental ya que es claro que tanto en la oferta mercantil como en las demás etapas se celebraron los respectivos contratos para justificar el uso de la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum, no es posible determinar una subordinación cuando era claro que la línea jerárquica que se estableció dentro de la Cooperativa en ningún momento tuvo injerencia de la EPS; solicito al Tribunal que analice el tema de los bienes muebles como computadores, escritorios y demás que se dieron en cumplimiento de la orden mercantil que se debe manejar en un total por así ser exigido para todas las entidades de salud con el fin de tener un solo flujo que de lo contrario puede derivar en un mal uso de los recursos, que se pierdan al generar el pago de un UPC al estar afiliada la persona en dos EPS diferentes; entonces como la normatividad vigente autorizaba a las EPS y la Superintendencia de Salud autorizó estos procesos en los cuales estaba el proceso comercial que se realizó y era claro que para poder cumplir con ese objeto se debían usar dichos enseres; entonces de acuerdo a las consideraciones de su señoría le pido al Tribunal que tenga en cuenta estas consideraciones para que absuelva de la totalidad de las pretensiones a la demandada. Muchas gracias"*

como intermediaria en el suministro de personal a favor de Salud Total EPS-S S.A.

Se debe tener en cuenta que el Decreto 4588 de 2006, en su artículo 17 estableció:

> *"Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.*

A su vez el artículo 7.° de la Ley 1233 de 2008 previó:

> *"Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado."*

Ahora, en el caso objeto de análisis no existe discusión frente a los siguientes supuestos facticos:

La demandante suscribió un CONVENIO DE ASOCIACIÓN, con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM, el cual tuvo vigencia entre el 20 de octubre de 2008 y el 13 de enero de 2014, durante el cual realizó actividades de "Asesor" en el proceso de ventas para SALUD TOTAL EPS; como remuneración se pactó una "compensación ordinaria mensual" inicialmente de $461.500 equivalente al salario mínimo legal que estuvo vigente durante el referido lapso, hechos aceptados por las

partes y de los que dan cuenta los documentos visibles a folios 255 a 380 del cuaderno uno.

La parte demandante sostiene la tesis de que el verdadero beneficiario de los servicios personales prestados por la demandante fue SALUD TOTAL EPS S S.A. y que la referida Cooperativa actuó como intermediario.

A los autos fue incorporada en fotocopia la Oferta Mercantil de prestación de servicios para el manejo y administración total de los procesos asistencial, operativo, comercial y jurídico, que le es dirigida a la representante legal de Salud Total EPS S S.A., por la Cooperativa demandada, en la que se determina el proceso comercial referente a las actividades de promoción, venta y afiliación de usuarios que se va a desarrollar "*a través de personas capacitadas e idóneas en el proceso de comercialización*", en la que se hace una relación detallada de las actividades inherentes a esos procesos y se señaló que el "*recurso humano*" para la prestación de esos servicios será suministrado por la Cooperativa demandada para lo cual se estipuló que la misma "*empleará el capital de trabajo de sus asociados para su cumplimiento*" (fls. 71 a 105 cuaderno uno)

Se aportaron comprobantes de pago de compensaciones efectuados por la Cooperativa Talentum por el tiempo comprendido entre el 20 de octubre de 2008 y el 13 de enero de 2014, así como las liquidaciones y reliquidaciones del convenio de asociación por el referido lapso. (fls. 255-380 y 389-398)

A folios 637 a y 638 del expediente se encuentra incorporado en fotocopia el documento correspondiente al acta de terminación del convenio de asociación entre la demandante y la Cooperativa demandada.

La demandante absolvió interrogatorio de parte, en el que además de señalar la forma en que prestó sus servicios como asesora en forma exclusiva para la EPS Salud Total, manifestó que su vinculación tuvo

lugar mediante selección efectuada por la EPS demandada, al ser entrevistada por quien se identificó como Gerente de cuenta de SALUD TOTAL; manifestó que sus actividades las realizó para dicha EPS como Asesora Comercial realizando afiliaciones de acuerdo con las metas que le eran impuestas por sus jefes JAVIER NAVARRO y JUAN CARLOS GELVES, quienes laboraban para la EPS SALUD TOTAL S.A., a quienes les daba cuentas de esas labores por medio de la mesa de control; dijo igualmente recibir órdenes y llamados de atención de MARIA ANTONIETA DE RUEDA y SONIA GROSSO en calidad de jefes inmediatas. Sostuvo que sus labores las realizó con los elementos de trabajo suministrados por la EPS y siempre en sus instalaciones rindiendo cuenta de todas sus actividades, informó que le fue suministrado un carnet de identificación con el logo de SALUD TOTAL; dijo que a pesar de haber recibido *"cartón"* sobre un curso de cooperativismo nunca asistió a esa actividad y que la única capacitación que recibió fue en la EPS sobre los aspectos de la Ley 100 de 1993.

Se recibieron las declaraciones pedidas por las partes, fue así como declaró por la parte demandante MARÍA TERESA DIAZ MENESES, se refirió a las funciones de la demandante como asesora de ventas, para lo cual se le imponían metas por parte de Salud Total, se refirió a los directivos y en general al personal de la misma como jefes directos por ser de ellos de quienes recibían órdenes, les imponían el horario para ejercer la labor, les hacían llamados de atención por diferentes situaciones como no cumplimiento de metas; que la labor de la demandante siempre fue en las instalaciones de la EPS demandada; sostuvo que el pago correspondía a un monto igual al salario mínimo legal vigente para cada anualidad.

La testigo de la parte demandada AIDA RUEDA ARIZA, hizo referencia a la manera en que la actora prestó su labor como trabajadora asociada, que para ello hizo un curso de cooperativismo, participó en las reuniones de la Cooperativa en las que se tomaban decisiones conjuntas y en general todo el proceso para ser asociada; sostuvo que al interior de la Cooperativa existía un orden jerárquico y fue bajo tales aspectos estuvo

regida la labor de la demandante para la EPS Salud Total sin que ésta hubiera tenido injerencia en el proceso de su vinculación.

Las referidas declaraciones confirman la forma de prestación de los servicios de los asesores de ventas de afiliaciones al POS en la EPS demandada y las condiciones que se señalan en la oferta comercial, los lugares en que se prestó el servicio por orden del destinatario de la oferta, las condiciones en cuanto a la imposición de metas, de instrucciones, de horario, de llamados de atención por parte del personal de la EPS Salud Total, de donde es claro que se encuentra demostrada la prestación de los servicios personales de la demandante en la actividad de Asesora para efectos de las afiliaciones de usuarios al POS ofrecido por la EPS Salud Total y los demás aspectos ya relacionados en esta sentencia, lo que permite demostrar el objeto de la oferta comercial y la contraprestación que recibió la demandante, igualmente que la labor fue desarrollada por ella con elementos propios de Salud Total EPS y en sus instalaciones, lo que demuestra que es propio de la actividad de esa Entidad la afiliación de usuarios al POS.

Se reitera que la demandante prestó sus servicios personales en beneficio de la EPS Salud Total, bajo los requerimientos del personal y directivos de esa EPS, quienes ejercían control de horario así como de cumplimiento de metas con precisas instrucciones sobre la actividad personal a desarrollar, vestir uniforme de la EPS, que debió comprar la actora; todo lo cual da cuenta del ejercicio de un poder subordinante ejercido a través de lo que para la Sala pasa a ser un mero intermediario, dada la forma como se originó la Cooperativa Talentum, esto es con Directivos que también son socios de la EPS Salud Total.

En conclusión, se determina que la Cooperativa actuó como intermediaria, desconociendo las prohibiciones establecidas en las normas citadas precedentemente, en la medida que el objeto del contrato comercial que suscribió con la EPS-S SALUD TOTAL S.A era el suministro

de personal para la labor de asesores de ventas en afiliaciones al sistema POS.

Así mismo, se resalta que la actividad desempeñada por la demandante, tampoco cumple el objeto para el cual fueron creadas las Cooperativas de Trabajo Asociado, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, que no son otras que la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, máxime cuando de las pruebas aportadas resulta claro que si bien la actividad de afiliaciones al POS no era la principal de la EPS, si resulta evidente que es más que complementaria o conexa y necesaria para la existencia de la misma.

En consecuencia, evidenciada la existencia del contrato de trabajo y los extremos temporales del mismo, se tiene en cuenta que la liquidación de prestaciones sociales, se debe verificar con base en el salario mínimo, en la medida que se demostró el pago de las compensaciones equivalente a este, revisados los montos establecidos en las condenas impuestas por el Juzgado, los mismos se encuentran acordes con el tiempo laborado, teniendo en cuenta que la parte demandante no expuso inconformidad alguna respecto al término prescriptivo que declaró el Juzgado, ni tampoco frente a la condena por intereses moratorios al no haber sido promovida la demanda dentro del término establecido en el artículo 65 del C.S.T., para acceder a la indemnización moratoria.

Por las razones expuestas se confirmará la sentencia recurrida.

Costas.

Serán a cargo de la parte demandada recurrente SALUD TOTAL EPS S S.A.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de febrero de 2020, de conformidad con lo motivado.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada recurrente SALUD TOTAL EPS S S.A.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Inclúyanse como agencias en derecho a cargo de la parte demandada, la suma de $700.000.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DAVID ALEXANDER WILCHES FLOREZ, SERGIO GUILLERMO ALMARIO VALDERRAMA y HAWIR YAHZIN CALLEJAS RAMIREZ contra **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y como **LLAMADAS EN GARANTÍA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 013 2016 00354 02

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de la parte demandante y de Confianza S.A contra a la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de julio de 2019.

En esta instancia se recibieron alegatos de conclusión, en primer lugar, el apoderado del Fondo Nacional del Ahorro, reiteró los argumentos expuestos al dar contestación de la demanda respecto de las obligaciones que dice haber cumplido frente a la contratación que sostuvo con Optimizar Servicios Temporales S.A.

El apoderado de Liberty Seguros S.A., se refirió a los argumentos del recurso de apelación presentado por el apoderado de los demandantes en el que solicitó declarar como verdadero empleador al Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia que se afecte la póliza contratada con esta aseguradora para efectos del pago de prestaciones y las indemnizaciones solicitadas, a lo cual dice oponerse en razón a que la sentencia recurrida se ajustó a la realidad probatoria, teniendo en cuenta que el apoderado de los actores

desistió de la mayoría de las pretensiones y el Juzgado acogió lo pretendido frente a la solicitud de declarar como empleador a Optimizar Servicios Temporales S.A., *"razón por la cual no se entiende el descontento de la parte actora frente a dicha determinación"*, y aun en el evento en que sea revocada la decisión para declarar como empleador al Fondo Nacional del Ahorro deberá exonerarse de responsabilidad a esa Aseguradora dada la ausencia de cobertura de las pólizas de cumplimiento al no ser su objeto el cubrimiento como consecuencia de la existencia de contratos de trabajo realidad que eventualmente sean declarados.

I. ANTECEDENTES

Pretendieron los demandantes fuera declarada la existencia de sendos contratos de trabajo con la compañía OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Como consecuencia de dicha declaración, solicitan se condene a la sociedad demandada y solidariamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, al pago de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, indexación y las costas del proceso. De manera subsidiaria, peticionaron que se declare como verdadero empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que la compañía OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A, fungió como simple intermediario y por ende se condene de manera solidaria a las convocadas a juicio al pago de los ya referidos conceptos laborales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestaron que las dos personas jurídicas demandadas suscribieron contratos de prestación de servicios para el suministro de personal en misión que permitiera cubrir las necesidades de expansión y crecimiento del Fondo Nacional del Ahorro, y con ese fin la empresa de servicios temporales los vinculó mediante contratos de trabajo por obra o labor determinada durante los extremos temporales enunciados en el escrito de demanda, para prestar sus servicios como trabajadores en misión al Fondo Nacional del Ahorro, en virtud de ese contrato comercial que suscribieron las convocadas a juicio. Agregaron que, el contrato de trabajo, fue terminado el 30 de septiembre de 2015 por la compañía Optimizar Servicios Temporales S.A., sin que les hubieran sido

pagadas las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que reclaman.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al argumentar que aunque existió una relación contractual entre esta entidad y la empresa de servicios temporales codemandada, los demandantes fueron empleados de la misma, como lo reconocen en su demanda por lo cual dijo que debe ser su empleadora la que les cancele el pago de las acreencias laborales a las que tengan derecho, así mismo que se tenga en cuenta que el incumplimiento de esas obligaciones por parte de la empresa de servicios temporales fue amparado por Liberty Seguros S.A. quien debe asumir los siniestros causados por esa omisión. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de vínculo de carácter legal e inexistencia de los requisitos para ser trabajador oficial, inexistencia de tercero responsable en el pago de las obligaciones reclamadas, imposibilidad jurídica de cumplir con las pretensiones, ausencia de título y de causa de las pretensiones, buena fe de la demanda y cobro de lo no debido (folios 140-170).

La demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que suscribió con los demandantes contratos por obra o labor determinada, los cuales finalizaron por expiración del tiempo requerido para el desarrollo de la actividad contratada. Afirmó que no pagó las acreencias incoadas por los actores porque se encontraba en proceso de reorganización y posterior liquidación, quedando sujetas todas sus obligaciones a las reglas del concurso. Propuso las excepciones de existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la genérica (folios 247-270).

LIBERTY SEGUROS S.A, llamada en garantía, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo entre otras las excepciones de inexistencia de siniestro, inexistencia de obligación, ausencia de reclamación por el FNA,

pérdida del derecho o reducción de la indemnización, compensación y prescripción (folios 295-320).

La aseguradora DE FIANZAS S.A CONFIANZA - llamada en garantía- luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que expidió la póliza de cumplimiento N° 24DL013452 del 02/01/2014, pero que la misma solo podrá afectarse por razones de iliquidez de Optimizar Servicios Temporales S.A, ante el incumplimiento en el pago de salarios de acuerdo con lo establecido en el contrato de trabajo. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para efectuar el llamamiento, falta de cobertura, ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza, entre otras (folio 363-380)

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 5 de julio de 2019, resolvió:

"PRIMERO: CONDENAR a la LLAMADA EN GARANTÍA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA A PAGAR A LOS DEMANDANTES LAS SIGUIENTES SUMAS POR CONCEPTO DE INDEMIZACIÓN MORATORIA:

SERGIO GUILLERMO ALMARIO VALDERRAMA	*$41'066.668,oo*
DAVID ALEXANDER WILCHES FLOREZ	*$65'661.87, 76*
HAWIR YAHZIN CALLEJAS RAMIREZ	*$29'900.000,oo*

SEGUNDO: ABSOLVER al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL Y LIBERTY SEGUROS S.A. DE TODAS LAS PETICIONES INCOADAS EN SU CONTRA POR LOS DEMANDANTES.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS A LA LLAMADA EN GARANTÍA COMPAÑIA "ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA."

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de los demandantes alegó, en síntesis, que se debió condenar solidariamente al Fondo Nacional del Ahorro por cuanto esa entidad acudió a la figura de la contratación con la empresa de servicios temporales para incrementar su planta y su producción, "*al tratarse de una actividad permanente no puede ser realizada en un año, por lo cual utilizó de manera indebida esa forma de vinculación de trabajadores, sin que en el juicio se*

hubiera acreditado una razón atendible para utilizar dicha forma de contratación, y por esa razón debe tener solidaridad en este caso, porque a pesar de haber dado cumplimiento legal en cuanto al tiempo que utilizó sus vinculaciones, "no podemos aterrizarnos solamente al tiempo de un año, pues solamente puede acudirse a esta figura para actividades netamente ocasionales, pero en este caso el argumento para utilizarlo fue para crecimiento y expansión, sin y eso no puede realizarse en menos de un año, sino que es una actividad indeterminada en el tiempo, por ello al FNA se le debe condenar en forma solidaria al mal utilizar dicha figura jurídica."

A su vez la llamada en garantía CONFIANZA S.A., recurrió la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria al no estar de acuerdo con la forma en que fue cuantificada por el Juzgado, por no tener en cuenta la fecha en que la empresa de servicios temporales demandada solicitó a la Superintendencia Financiera la admisión en el trámite de reorganización empresarial el 26 de noviembre de 2015, el cual fue admitido por esa entidad hasta el 15 de febrero de 2016; además señaló que no es el FNA quien debió efectuar el llamamiento en garantía porque esa posibilidad únicamente la tienen los trabajadores porque no es la patrimonio de la empresa el que se protege sino el de los trabajadores. Igualmente argumentó que en el Ministerio de Trabajo se llevó a cabo un proceso en el que Confianza pagó a los 3 trabajadores demandantes el monto de las sumas adeudadas por lo cual la póliza ya quedó afectada, y además no tiene cobertura frente al tiempo de vinculación de los actores, teniendo en cuenta que la fecha de vigencia inició el 2012 y finalizó el 1° de enero de 2015, y como las vinculaciones laborales de los demandantes se producen después de finalizada la vigencia de la póliza, por lo tanto no tiene cobertura en el presente asunto. [1].

[1] Recurso de apelación Parte Demandante: "Interpongo recurso de apelación en cuanto a la solidaridad que tiene el FNA, siendo así se debe analizar la carga de la prueba la cual como parte demandante no le correspondía probar la razón por la cual el FNA contrataba por medio de empresas temporales a trabajadores en misión, sino que esta demandada hubiera dado dentro del proceso alguna justificación a dicha situación y lo único que manifestó fue que buscaba que se ampliara su planta de personal frente a la Función Pública. La parte demandante quiso demostrar que el FNA utilizó de manera indebida la figura de las empresas de servicios temporales, sin que en el juicio se hubiera acreditado una razón atendible para utilizar dicha forma de contratación, y por esa razón debe tener solidaridad en este caso, porque a pesar de haber sido contratados los trabajadores y si bien es cierto que el FNA dio cumplimiento legal en cuanto al tiempo que utilizó sus vinculaciones, no podemos aterrizarnos solamente al tiempo de un año, pues solamente puede acudirse a esta figura para actividades netamente ocasionales, pero en este caso el argumento para utilizarlo fue para

CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en el artículo 66A del CPT y SS-principio de consonancia, la Sala examinará sí el FONDO NACIONAL DEL AHORRO debe responder solidariamente por las pretensiones que fueron objeto de reclamación por los demandantes en este juicio. Así mismo, sí la aseguradora CONFIANZA S.A., debe responder por las obligaciones a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. con fundamento en la póliza que se expidió y la procedencia de la indemnización moratoria.

Respecto de la contratación de personal en misión, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, establece que los usuarios de las empresas de servicios temporales, sólo pueden contratar personal en misión para: i) *Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias. ii) Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y iii) Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los*

---

crecimiento y expansión y eso no puede realizarse en menos de 1 año, sino que es una actividad indeterminada en el tiempo, por ello al FNA se le debe condenar en forma solidaria al mal utilizar dicha figura jurídica.

Recurso de Apelación Parte Demandada Confianza S.A.: "Se debe tener en cuenta que existe una falta de legitimación por parte del FNA para llamar en garantía a CONFIANZA S.A. teniendo en cuenta que en la póliza de cumplimiento N° 24DL006347 se puede acreditar quienes son parte dentro de ese contrato de seguro y en este caso lo fueron los trabajadores al servicio de Optimizar Servicios Temporales, por tal razón únicamente los trabajadores en misión de la empresa de servicios temporales son los que tienen la legitimación en la causa para solicitar la vinculación de la Aseguradora dentro de este proceso; esto de acuerdo con el Decreto 4369 de 2016 que dispone que la póliza se hará efectiva cuando la empresa de servicios temporales se encuentre en iliquidez, la cual se presumirá sin necesidad de estudios económicos cuando ocurra uno o más de los eventos allí previstos; y si en el Ministerio de Trabajo se llevó un proceso en el que Confianza pagó a los 3 trabajadores el monto de las sumas adeudadas, esto no significa que la vinculación haya estado correcta, teniendo en cuenta que se omitió el deber de vincularnos como demandados directos, teniendo en cuenta que son los trabajadores los únicos que tienen la acción en contra de Confianza por llamamiento en garantía o por demanda directa. El llamamiento en garantía lo dispone el art. 157 del C.P.C. hoy C.G.P. que reza. "…" por ello es evidente que no es el FNA quien debió formular el llamamiento porque no es su patrimonio el que se pretende amparar con la póliza porque la ley protege es a los trabajadores. Así mismo, la póliza por la cual fue vinculada mi representada no tiene cobertura frente al tiempo de vinculación de los demandantes, teniendo en cuenta que la fecha de vigencia inició el 2012 y finalizó el 1º de enero de 2015, por ello las vinculaciones laborales de los demandantes se producen después de finalizada la vigencia de la póliza y por lo tanto no tiene cobertura en el presente asunto. Así mismo, me permito apelar la indemnización moratoria, pues la sentencia tuvo en cuenta que Optimizar solicitó ante la Superintendencia el 26 de noviembre de 2015, el ser admitida en proceso de reorganización y esa entidad mediante auto del 15 de febrero de 2016 admitió a la sociedad Optimizar en ese proceso de reorganización de que trata la Ley 1116 de 2006 y según la sentencia esta fue admitida el 16 de noviembre de 2016, fecha que no corresponde y al ordenar pagar 406 días para el demandante David, 406 días para el demandante Sergio y 390 días para el demandante Yazhin no se estaría condenando hasta la fecha de admisión del proceso concursal.

períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

En el presente asunto, la pretensión principal de los demandantes fue declarar la existencia de un contrato de trabajo con la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A y condenar de manera solidaria al FONDO NACIONAL DEL AHORRO del pago de las acreencias laborales y la pretensión subsidiaria se encaminó a que se declarara a dicha entidad como verdadero empleador y a la empresa de servicios temporales, como simple intermediaria.

Sobre estas pretensiones, el a quo absolvió al Fondo Nacional del Ahorro de las peticiones incoadas en su contra, por considerar que no se configuraba ninguno de los supuestos establecidos por el Código Sustantivo del Trabajo, para declarar su responsabilidad solidaria.

Tal como se indicó, la apoderada de los demandantes presentó reparos con la decisión de primera instancia en cuanto declaró que no existía la solidaridad deprecada respecto del Fondo Nacional del Ahorro.

Al respecto cabe precisar en este asunto de una parte que, el artículo 35 del C.S.T., menciona que son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Luego se aclara, que son simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales y herramientas de un empleador, para beneficio de éste y en actividades ordinarias, inherentes o conexas del mismo. Finalmente indica esta norma, que quien celebre un contrato de trabajo como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador, porque si no lo hace responde solidariamente con las obligaciones del empleador.

Y de otra que, el artículo 34 del mismo ordenamiento, menciona que será solidariamente responsable del contratista, el beneficiario del trabajo,

cuando las actividades que desarrolla el demandante no son extrañas a sus labores normales.

Ahora, la colaboración o apoyo temporal objeto del contrato entre las acá demandadas, solo es procedente en las específicas hipótesis de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, a saber:

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

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado N°. 25718 del 22 de febrero de 2006, criterio reiterado con la providencia radicado N°. 39669 del 7 de mayo de 2014, sobre la última posibilidad dijo:

"la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de1997, radicación 9435."

En este asunto de acuerdo con lo manifestado por la apoderada de los demandantes, el Fondo Nacional del Ahorro ha contratado personal porque efectivamente necesita ampliar su producción, no con un objeto particular, sino con el objeto de crecer, manifestación que cuenta soporte en las consideraciones en los contratos 275 de 2014, 145 de 215 que celebraron las demandadas en las que se lee que, por el objetivo de la actual administración de contribuir con el desarrollo del país, optimizando y masificando los servicios de manera que cubra el mayor número de usuarios, la necesidad de recursos humanos se incrementa.

Específicamente indica que, uno de los pilares del Gobierno Nacional vigencia 2015-2018, es el denominado "*País Solidario con Oportunidades*" en el cual el FNA juega un papel fundamental.

Luego es claro que, la contratación de los tres demandantes obedece a la posibilidad que consagra la norma mencionada en el numeral 3º, por lo que resultaba necesario para imponer condenas a la empresa usuaria, que el término de ejecución de las actividades de los actores en el FNA superara el término de seis meses prorrogable por seis meses más, pues solo así se ha entendido que se está ante una contratación fraudulenta entre la empresa en misión y los trabajadores y por ello, el verdadero empleador es la beneficiaria del servicio y aquella entonces pasa a ser una simple intermediaria.

De manera que, como existe norma especial que regula las relaciones jurídicas -la primera de carácter comercial que surge entre las demandadas - y segunda, de carácter laboral en principio entre las empresas de servicios temporales y sus trabajadores y solo en el evento en que se supere el término que menciona la norma, entre los trabajadores y la empresa usuaria, es que no puede tener aplicación lo dispuesto en los citados artículos 35 y 34 del CST.

Pero es que además, el FNA según lo indicado no actúo como simple intermediario por cuanto no contrató a los demandantes al servicio de otro, como lo exige el artículo 35 mencionado y tampoco procede declarar la solidaridad que menciona el artículo 34 de este mismo cuerpo normativo porque, como lo ha explicado nuestro Tribunal de Cierre para que se predique esta solidaridad es necesario que se presente*: i) un contrato de carácter civil o comercial entre dos o más personas naturales o jurídicas, ii) un contrato de trabajo entre el contratista y el personal que utiliza éste para la ejecución del contrato de naturaleza civil o comercial iii) que las labores desempeñadas por el contratista no sean extrañas o ajenas a las actividades normales del dueño de la obra o contratante.*

En este asunto, si bien como se indicó entre las demandadas se celebraron los mencionados contratos comerciales, también lo es que esta relación no

se ejecutó en los términos del artículo 34, esto es que "*el contratista se obligue a ejecutar la obra o labor con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio" Sala de Casación Laboral, 8 de mayo de 1961, Gaceta Judicial 2240, página 1032,* por cuanto la Empresa de Servicios Temporales no se obligó a ejecutar la obra con autonomía técnica y directiva ni tampoco empleando su propios medios.

Cabe mencionar que, la Sala de Casación Laboral en las sentencias con radicaciones 9435 de 1997 y 58172 de 2014, aseguró que la figura de contratista independiente difiere de la empresa de servicios temporales: por las siguientes razones:

> *"La E.S.T. es persona jurídica cuyo funcionamiento autoriza el Ministerio del Trabajo, organismo que siempre debe controlar su actividad, mientras el contratista independiente puede ser persona natural o jurídica cuya labor no se halla controlada por dicho Ministerio.*
>
> *"La E.S.T. según la ley se compromete en un contrato de prestación de servicios, pero no se obliga a un particular resultado o a ejecutar en realidad una definida prestación de servicio, sino a facilitar al usuario el servicio de determinados trabajadores, mientras que el contratista se obliga directamente a construir una obra o a prestar un servicio.*
> *"Aunque el contratista y la E.S.T. son empleadores, aquél ejerce directamente la subordinación con respecto de los trabajadores comprometidos en el contrato de obra o de prestación de servicios, mientras que esta delega en el usuario la subordinación relativa a los trabajadores en misión.*
>
> *"El contratante o beneficiario responde solidariamente con el contratista de las obligaciones laborales adquiridas por este, mientras que el usuario de la E.S.T. no responde por los derechos laborales de los trabajadores en misión.*

De lo anterior se concluye, que no es posible aplicar la responsabilidad solidaria que pregona el artículo 34 del C.S.T, en el caso de las empresas de servicios temporales y las usuarias, al estar estatuida para los

contratistas independientes, calidad que no ostenta ninguna de las demandadas, por lo que este aspecto será confirmada la sentencia.

En cuanto a las condenas impuestas por el a quo a la demandada ASEGURADORA DE FIANZAS S.A CONFIANZA por concepto de INDEMNIZACIÓN MORATORIA, para cada uno de los demandantes, se debe verificar su procedencia, para lo cual es preciso indicar que uno de los argumentos de la aseguradora recurrente para solicitar la revocatoria de esa condena es que *"la póliza por la cual fue vinculada mi representada no tiene cobertura frente al tiempo de vinculación de los demandantes, teniendo en cuenta que la fecha de vigencia inició el 2012 y finalizó el 1º de enero de 2015, por ello las vinculaciones laborales de los demandantes se producen después de finalizada la vigencia de la póliza y por lo tanto no tiene cobertura en el presente asunto.";* situación que en efecto encuentra respaldo en lo probado en el juicio, al encontrarse acreditado documentalmente que la póliza de cumplimiento con cargo a la cual el Juzgado impuso las condenas tuvo vigencia entre el 31 de diciembre de 2011 y el 1º de enero de 2015 (fls. 386 a 392), en tanto que las vinculaciones laborales de los demandantes se desarrollaron entre el 22 de enero de 2015 y el 30 de septiembre de 2015, como fue manifestado desde la demanda y aceptado en las contestaciones dadas por las demandadas (fls. 63 a 108, 140 a 151 y 261 a 270); acorde con ello resulta evidente que no existe cobertura que amparara los pagos por las sumas correspondientes a las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia a favor de los actores por concepto de indemnización moratoria y en tal sentido se revocarán.

Sin Costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de julio de 2019 para en su lugar

ABSOLVER a la ASEGURADORA DE FIANZAS S.A CONFIANZA de las condenas impuestas por concepto de indemnización moratoria respecto de cada uno de los demandantes, conforme se expuso.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

La presente sentencia se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HENRY MAURICIO BOADA MENESES contra **AMERICAN PIPE CONSTRUCTION INTERNATIONAL**

RADICADO: 11001 3105 017 2016 00685 02

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de diciembre de 2019.

Se observa que el apoderado de la parte demandada allegó alegatos de conclusión para solicitar se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada, al manifestar que no le asiste razón a la parte actora cuando señaló en su recurso que el Juzgado debió declarar probado vicio del consentimiento frente a la transacción efectuada entre las partes, toda vez que esa situación no fue objeto del litigio y al haberse producido la terminación del contrato de trabajo mediante dicho acuerdo se configuro la cosa juzgada, como lo determinó la sentencia recurrida.

I. ANTECEDENTES

HENRY MAURICIO BOADA MENESES, pretendió el reconocimiento y pago de los ajustes salariales estipulados en la convención colectiva vigente desde el año 2006, así como los demás beneficios convencionales; se declare la ineficacia de las cláusulas 32 y 33 de la referida convención en cuanto excluyó

de esos beneficios en los años "2006 a 2009, 2009 a 2014 y 2013 a 2025"; el pago de la reliquidación de todas las primas y bonificaciones convencionales, así como la reliquidación de cesantías e intereses y la indemnización moratoria. (fls. 4-14)

La sociedad demandada al dar contestación aceptó la existencia del vínculo laboral con el actor y se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el trabajador no fue beneficiario de la convención por el todo el tiempo que reclama, sostuvo que durante la vigencia del contrato y a su terminación le fueron reconocidas en forma oportuna y total todas sus acreencias laborales; afirmó que el vínculo laboral terminó por mutuo acuerdo de transacción suscrito el 2 de marzo de 2017. Propuso las excepciones de prescripción, cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y falta de legitimación en la causa por activa frente a la pretensión de declarar la ineficacia de las cláusulas 32 y 33 convencionales, buena fe de la demandada, mala fe del actor, pago compensación y la genérica. (fls. 75-123)

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 6 de diciembre de 2019, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, *Resolvió:*

"PRIMERO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES de cosa juzgada y de inexistencia de las obligaciones propuestas por la demandada AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL según las razones expuestas en la parte motiva.
SEGUNDO: DECLARAR NO PROSPERAS las tachas de sospecha propuestas a los testigos Miguel Ángel Martínez Guzmán y Carol Lizeth Álvarez Roncancio, según las razones expuestas en precedencia.
TERCERO: ABSOLVER a la demandada SUCURSAL EN COLOMBIA DE AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor HENRY MAURICIO BOADAS MENESES identificado con la cédula 79.566.983, por las razones expuestas.
CUARTO: CONDENAR EN COSTAS al demandante, por Secretaría practíquese la liquidación e inclúyanse agencias en derecho a su cargo por valor de $400.000C/CTE.
QUINTO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia a favor del demandante con el Superior, remítase el expediente en caso de no ser apelado el fallo o no sustentado el recurso."

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, el cual sustentó en que para verificar la validez del acuerdo transaccional a que llegaron las partes, debe tenerse en cuenta el artículo 15 del C.S.T., en cuanto dispone los derechos sobre los que se puede transar, así como el artículo 9 y 11 de la norma al establecer la protección especial al trabajador para la garantía y eficacia de sus derechos, así como la irrenunciabilidad de esos derechos. Sostiene que el Juzgado debió pronunciarse sobre la buena fe de la parte demandada y considera inexplicable que no se haya pronunciado el Juzgado sobre los vicios del consentimiento con que se dio esa transacción, al haber llevado la empresa en un bus a los trabajadores a un lugar diferente a la sede y les presentó de forma unilateral un documento que considera no equivale a un acuerdo, por lo cual sostiene que el empleador se aprovechó de su posición dominante para hacer que el trabajador lo firmara con el fin de ocultar un despido indirecto. Solicita al Tribunal que se estudie el asunto para determinar si existió vicio del consentimiento, no por error sino por fuerza y se tenga en cuenta que hubo derechos ciertos que no podían ser objeto de ese acuerdo, como la indexación respecto de la cual citó jurisprudencia. Manifestó que al haber sido beneficiario el trabajador de la convención colectiva por más de 20 años, se debió tener en cuenta el principio de la condición más beneficiosa y reiteró que los derechos pretendidos en la demanda son de carácter irrenunciable.

IV. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. Y S.S., la Sala estudiará si hay lugar a acoger las pretensiones del demandante ya relacionadas en esta sentencia.

En esta instancia no se encuentra en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente entre el 21 de julio de 1995 y el 2 de abril de 2017.

En razón a algunas de las manifestaciones consignadas en el recurso de apelación, en primer lugar debe señalar la Sala que revisadas las pretensiones

de la demanda, no se formuló ninguna relacionada con la falta de validez por vicios del consentimiento del acuerdo transaccional al que llegaron las partes, ni tampoco se relacionó ninguna que versara sobre la configuración de un despido indirecto.

No obstante, como la decisión absolutoria del Juzgado tuvo fundamento en la excepción de cosa juzgada que declaró probada al considerar que es ese el efecto que se le debe dar a la transacción a que dieron lugar las partes mediante el documento de fecha 2 de marzo de 2017, por el cual pusieron fin al vínculo laboral con las consecuencias allí determinadas (fls. 132-134), se debe indicar que el contrato de transacción al que puedan dar lugar las partes de una relación laboral, es una figura que reviste similares características a las de la conciliación, pues según se ha definido por ésta última se entiende "*componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí*" y el concepto de transacción se define como "*ajustar algún punto dudoso o litigioso conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga a parta la diferencia o disputa*".

De acuerdo con lo anterior al haber las partes contratantes definido sus diferencias mediante un contrato de transacción, no puede el Juez desconocerlo mediante una sentencia pues no se puede olvidar que según lo enseñan autorizados tratadistas, la misma no es cosa diferente a la resolución final del juzgador que, acogiendo o rechazando la pretensión del actor, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de la ley que a dicho actor le garantiza un bien, o lo que es igual, respectivamente, la existencia o la inexistencia de una voluntad de ley que le garantiza el bien al demandado. Es, en otras palabras, la respuesta mediante la cual el órgano jurisdiccional se pronuncia con fuerza vinculante acerca de las pretensiones de las partes deducidas en el momento procesal oportuno, y por eso de esta clase de providencias se dice que pueden ser estimatorias o desestimatorias, desde luego en la medida en que se pronuncien sobre el fondo del litigio y no se reduzcan simplemente a una absolución formal de la instancia (inhibición) por no darse los presupuestos cuya ausencia de acuerdo con la ley origina este resultado de suyo irregular.

Acorde con lo anterior, cuando el fallo reconoce y declara la existencia de la relación jurídico-material que en la demanda se invoca como fuente del derecho que se pretende hacer actuar, esa decisión se califica de sentencia declarativa positiva, o sentencia estimatoria, la cual obviamente es favorable a los intereses del demandante; cuando, contrariamente, el fallo desestima lo pretendido por el actor y, por consiguiente, deniega la existencia de la relación material por aquél alegada, se lo llama "sentencia declarativa negativa", o sentencia desestimatoria o absolutoria, la cual, por su propia condición, beneficia al demandado por cuanto lo libera de las pretensiones contra él dirigidas por el demandante.

Surge claro de lo antes anotado que existiendo en un proceso la declaración de la voluntad de las partes en cuanto a la forma en que dirimieron sus diferencias, bien sea mediante una conciliación o como en este caso a través de un contrato de transacción, no puede proferirse una sentencia que sea contraria a esa voluntad de las partes reflejada en su acuerdo; pues tal es el carácter de una y otra figura procesal que a ambas se les ha dado la facultad de gozar de la presunción de la cosa juzgada, como en forma reiterada lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, para lo cual se cita uno de esos pronunciamientos en lo pertinente, así:

"Es menester mencionar que el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo establece que "Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles", de modo que habiendo las partes transado el valor de los presuntos derechos inciertos que pudieran existir a favor del trabajador por cualquier concepto surgido de la relación de trabajo que existió entre las partes, se actuó conforme a derecho, ciñéndose a lo determinado en esta disposición, dejándose establecido que cualquier conflicto laboral que se suscitara entre las partes quedaba resuelto con el contrato de transacción.
Es necesario mencionar que la transacción es considerada como una excepción al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, lo que le impone que sólo pueda aplicarse cuando se trate de derechos que tengan el carácter de inciertos y discutibles. Por ello, las disposiciones legales establecen un mínimo de derechos a los trabajadores, prerrogativas a las que no pueden renunciar, sin importar que realicen estipulaciones en tal sentido ya sean verbales o escritas con sus empleadores. Así es como el artículo 15 del CST define que es válida la transacción en los asuntos del trabajo cuando se trate de derechos inciertos y discutibles. En lo que se refiere a la forma de terminación del contrato de trabajo, encuentra esta corporación que lo allí acordado por las partes en este sentido goza de plena validez, por dos razones, a saberse: El hecho de que dicho acuerdo tuvo como característica principal la voluntariedad tanto del trabajador como del

empleador en su celebración y, porque el derecho que allí se transaba, la forma de terminación del contrato, hace parte de los derechos inciertos y discutibles que admiten este tipo de arreglo.
Así las cosas, no puede entonces alegar el actor que la terminación del contrato de trabajo ocurrió por causa distinta a la pactada en el transacción, es decir, que no finalizó por mutuo acuerdo entre trabajador y empleador, lo que hace improcedente las súplicas hechas en este sentido. (Rad 32122 marzo 31 de 2009)

Sobre este punto es pertinente recordar, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, que la transacción que el empleador y el asalariado hacen frente a las diferencias que hayan surgido entre ellas durante el desarrollo del contrato de trabajo o a su terminación, es una manera eficaz de precaver conflictos laborales, por cuanto los soluciona de antemano en forma legítima, pacífica y equitativa para las partes.

Es así como el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, le da a este tipo de arreglos la fuerza de cosa juzgada que como tal, hace imposible cualquier litigio ulterior entre las mismas partes.

Ahora bien, para que el contrato de transacción sea válido se deben cumplir los requisitos del artículo 1502 del Código Civil, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

Del texto del contrato de transacción aportado en fotocopia al plenario, no se desprende la existencia de supuestos fácticos que den lugar a una posible nulidad, pues se acredita con ese documento que el acuerdo de terminación del contrato de trabajo fue conocido por el trabajador, pues del mismo texto del referido contrato emerge con meridiana claridad que cuando el demandante lo suscribió, sabía plenamente que su objetivo era terminar el contrato de trabajo en las condiciones en que fue plasmado en tal documento, sin que existan elementos de juicio o probatorios con base en los cuales se pueda afirmar que fue forzado a tomar esa decisión, por lo cual no se le puede restar la validez, ni la fuerza vinculante a ese contrato de transacción, pues el mismo cumplió su objeto.

Como quiera que no está prohibido por la Ley Laboral, como tampoco por la misma Constitución Nacional, y contrariamente, están facultados los trabajadores para transar o conciliar con sus empleadores las diferencias que se susciten con ocasión de la relación laboral, siempre y cuando no se desconozcan los derechos mínimos laborales que, precisamente protege el Estado a través de sus funcionarios administrativos o bien por conducto de los jueces, los efectos jurídicos de ella predicados están llamados a prosperar, máxime cuando el ex trabajador dejó expresa constancia de que declaraba a paz y salvo a la parte empleadora por los conceptos transados e individualizados en dicho contrato, respecto de los cuales no es posible predicar su irrenunciabilidad, cerrando de esta manera las puertas para posteriores reclamaciones derivadas de la finiquitada relación laboral.

Acorde con lo anterior es preciso indicar que sería contrario a derecho desconocer los efectos de la transacción a la cual dieron lugar las partes. En consecuencia, como no hay ninguna prueba sobre la existencia de constreñimiento hacia el actor, por el contrario, lo que evidencia el plenario es que por parte de la demandada se hizo una oferta, que fue conocida por el trabajador, por lo cual se debe concluir que tal contrato de transacción es válido y está llamado a producir los efectos jurídicos que determinaron las partes de común acuerdo.

No sobra advertir, que si la parte actora considera que se incurrió en error, violencia o dolo al momento de suscribir el referido contrato que pudieran invalidarlo ha debido no solo elevar la respectiva pretensión al respecto, sino asumir la carga probatoria que le era predicable para demostrar su ocurrencia; pero en este caso ni siquiera tales supuestos se mencionaron como fundamento fáctico en la demanda.

A este respecto, también la Jurisprudencia tiene establecido el deber probatorio que le incumbe a la parte que pretende desconocer la validez de una conciliación aspectos que también pueden ser aplicables al contrato de transacción. Así, puede citarse el pronunciamiento de fecha Septiembre 28 de 1999, N° de Rad. 12504-99, cuando dicha Corporación estableció:

"Esta Sala ha manifestado reiteradamente que el efecto de cosa juzgada que proviene de una conciliación es prácticamente intangible, por lo que solo cuando median vicios del consentimiento resulta admisible que se persiga su revisión, pero no es esta la vía para declarar una posible responsabilidad de la parte actora y de su apoderado, por lo que en el escrito de réplica se considera como un "actuar temerario y de mala fe"; se debe reiterar que solo la presencia de vicios que afecten o distorsionen el consentimiento amerita que se procure por la vía judicial la declaratoria de nulidad de un acto de esta naturaleza. Pero no basta solamente afirmar la existencia de esos vicios, sino sustentarlos muy fundamentadamente con el respaldo probatorio correspondiente, pues lo contrario conduce simplemente a una intervención judicial innecesaria que en efecto obstaculiza el servicio público de administración de justicia al ponerlo en funcionamiento para resolver un asunto sobre el cual ya pesa el efecto de cosa juzgada, que es el cimiento de un bien público de mayor connotación como es la seguridad jurídica. La parte que pide en un proceso judicial la invalidez de un acuerdo conciliatorio debe ser coherente en su planteamiento y ello significa que si el acto no produce efectos, las cosas deben regresar al estado anterior y por tanto, si se ha recibido algún dinero como consecuencia de la conciliación, este debe ser materia de devolución para que, regresando al punto inicial anterior al acuerdo conciliatorio, se pueda analizar objetivamente las verdaderas consecuencias del mismo".

Se reitera que en el proceso no hay prueba que acredite que la voluntad del demandante estuvo viciada por efecto de error, fuerza o dolo, en cuyo caso la demanda tenía que venir apoyada con pretensiones concretas en ese sentido y en el juicio existir prueba que no diera lugar a duda alguna, sin que la prueba testimonial recaudada tenga la virtud de ser suficiente para la demostración de tales aspectos, pues nada se refirió en la misma al respecto, limitándose la deponente a manifestar que a todos los trabajadores les fue indicado que firmaran el respectivo documento, aspecto que por sí solo no constituye vicio de la voluntad, además se debe tener en cuenta que el dicho proviene de quienes igualmente se consideran agraviados por la forma de terminación de los contratos laborales.

Es por ello que dicha transacción, que recoge los términos precisos de ese acuerdo al haberse celebrado al tenor de los parámetros anteriormente señalados, necesariamente debe hacer tránsito a cosa juzgada.

Por lo antes evidenciado deviene la decisión absolutoria que determinó el juzgado en su sentencia, por lo cual se confirmará la misma en su integridad.

Costas en el recurso a cargo de la parte demandante, inclúyase como agencias en derecho la suma de $350.000.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de diciembre de 2019, conforme se expuso en las motivaciones.

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

Esta decisión se notificará mediante Edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

INCLÚYANSE en la liquidación de costas, como agencias el derecho a cargo de la parte demandante la suma de $350.000.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FRANCIA ELENA RESTREPO ESPINOSA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN.**

RADICADO: 11001 3105 021 2019 00032 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de agosto de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos, en primer lugar de la apoderada de PROTECCIÓN S.A., quien se refirió a la apelación parcial que presentó contra la sentencia de primera instancia frente a la devolución de la comisión de administración y lo descontado para las primas de seguro previsional; hizo referencia al marco legal de tales conceptos y citó jurisprudencia al respecto.

A su vez la apoderada de COLPENSIONES, reiteró los argumentos que expuso al recurrir la sentencia proferida por el Juzgado, respecto de la prohibición legal para el traslado ordenado, sin que se haya acreditado en el juicio ninguna causal para invalidarlo.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare nulo o ineficaz el traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A. el 19 de octubre de 1999 por falta de asesoría idónea, por lo cual los asesores del Fondo la indujeron de manera equivoca a vincularse al RAIS; solicita se trasladen a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó en la AFP demandada.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el inicio de su actividad laboral se vinculó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el que estuvo hasta el 19 de octubre de 1999, cuando afirma que fue inducida por asesores del Fondo demandado a efectuar su traslado al Régimen de Ahorro Individual sin que le hubieran indicado los eventuales riesgos de esa afiliación, por lo cual el 10 de septiembre de 2018 solicitó su desvinculación del Fondo privado y ser recibida en Colpensiones, petición que fue negada por dicha entidad el 26 de septiembre de 2018.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 5, 6, 13, 23, 29, 53 y 209 de la Constitución Nacional, las Leyes1328 de 2009, 1480 de 2011 y los Decretos 665 de 1999 y 3486 de 1982 e hizo referencia a las sentencias con radicados 46292 de 2014, C-340 de 1996.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, para dar contestación allegó el escrito visible a folios 70 a 82 en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al manifestar que existe libre escogencia de régimen pensional, no obstante en este caso la demandante no se encuentra dentro de las condiciones señaladas en las sentencias SU 130-2013 y C-1024-2004 para regresar al Régimen de Prima Media. Propuso las excepciones de inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Nacional, falta de causa para demandar, responsabilidad de las administradoras de fondos privados, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., contestó con el escrito que obra a folios 108 a 126 en el cual fundamentó su posición a las pretensiones en que la demandante

suscribió de manera libre, voluntaria e informada el formulario de vinculación a ese Fondo el 19 de octubre de 1999, por lo cual al ser un acto válido, exento de vicios del consentimiento resulta existente y no pueden ser desconocidos efectos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de agosto de 2020, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la señora FRANCIA ELENA RESTREPO ESPINOSA al régimen de ahorro individual el 19 de octubre d e1999 y fecha efectiva a partir del 1º de diciembre de 1999 por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*
> *SEGUNDO: CONDENAR a de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora FRANCIA ELENA RESTREPO ESPINOSA a COLPENSIONES. Para ello se concede el término de un (1) mes.*
> *TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
> *CUARTO: NO ACCEDER A LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
> *QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas conforme a lo motivado.*
> *SEXTO: COSTAS EN ESTA INSTANCIA a cargo de PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de $1'200.000, sin costas en contra de COLPENSIONES.*
> *SÉPTIMO: CONSÚLTESES CON EL SUPERIOR, esta decisión por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES."*

Como fundamento de su decisión, señaló que en el campo de la seguridad social existe un deber de información para que los afiliados puedan tomar

la decisión del régimen en que desean estar y de esa manera lo puedan hacer con consentimiento informado frente a las opciones que brindan las entidades en ese mercado; se refirió a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que consideró constituyen un procedente que debe ser tenido en cuenta para adoptar la decisión, citó la sentencia 46902 de 2014, frente al tema de la distribución de las cargas probatorias al determinar que esta le corresponde a los Fondos en todas las etapas del proceso de traslado, según la sentencia SL3496 de 2018, por lo cual se debe seguir esa jurisprudencia al no demostrar el Fondo demandado que le brindó a la demandante la información suficiente y necesaria en los términos que relacionó en su decisión.

IV. RECURSOS DE APELACION

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia y solicitó su revocatoria solo en lo relativo a condenar a ese Fondo a trasladar a Colpensiones la comisión o los gastos de administración y el seguro previsional, por corresponder a descuentos autorizados legalmente para los dos regímenes pensionales y con la condena impuesta por el Juzgado se estaría dando lugar a un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y deben ser tenidas esas sumas como restitución mutua a favor de Protección S.A., por corresponder a los frutos obtenidos como consecuencia de la administración del bien. Sostuvo que la suma correspondiente a la prima por el seguro previsional ya fue asignada para esa cobertura.

La apoderada de COLPENSIONES, manifestó que en este caso se debe considerar que no existió inducción al error como vicio del consentimiento por la falta de información que aduce la demandante, ni menos el dolo para obtener el consentimiento en el traslado, porque la actora firmó ese formulario de manera libre y voluntaria, además de tener ella la obligación de informarse sobre la decisión que estaba adoptando de trasladarse; sin que las normas existentes para el año 1999 exigieran suministrar una información en la manera señalada en la demanda y con esos fundamentos solicitó absolver a esa entidad por todo concepto.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso 11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.
La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:
Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante

puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado."*

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

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

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

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

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

En el presente asunto, tenemos que el 19 de octubre de 1999, la demandante suscribió formulario de afiliación a Protección S.A., documento que obra a folio 10 del plenario.

En el interrogatorio de parte absuelto por la demandante sostuvo que es Músico Profesional y dicta clases en un colegio; respecto de su traslado dijo que se encontraba en un ensayo de la Banda Nacional en la cual tocaba y en un descanso fueron todos los músicos abordados por unos asesores que les dijeron que era más beneficioso afiliarse a un Fondo privado y que la entidad en la cual estaba vinculada se iba a acabar y podría quedar en riesgo su pensión; manifestó que ante las constantes visitas que recibió de la asesora del Fondo accedió a firmar el formulario de traslado, pero sin contar con una información clara acerca de las condiciones para pensionarse en el Fondo demandado.

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 31 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MABEL LEONOR ORJUELA GIL contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

RADICADO: 11001 3105 022 2017 00488 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de junio de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos, en primer lugar de la apoderada de PORVENIR S.A., quien dijo remitirse a los mismos argumentos expuestos al interponer su recurso de apelación e hizo énfasis en que no había lugar a que se condenara a ninguno de los fondos a la devolución de gastos de administración.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES, sostuvo que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para para el traslado ordenado, sin que se haya acreditado en el juicio ninguna causal para invalidarlo.

El apoderado de la demandante solicitó confirmar la sentencia recurrida y desestimar todos los argumentos expuestos en los recursos interpuestos por las demandadas al considerar ajustada la sentencia a los lineamientos legales y jurisprudenciales que señaló en su escrito.

El apoderado de COLFONDOS S.A., reiteró que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por no cumplir con los lineamientos jurisprudenciales para ello, y sostuvo que tampoco existe vicio alguno del consentimiento que pudiere generar nulidad.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare nulo o ineficaz el traslado efectuado a COLFONDOS S.A. el 1º de agosto de 1995 por vicios en el consentimiento sobre el objeto del contrato de adhesión para la vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual y los posteriores que fueron realizados a ING S.A. y PORVENIR S.A.; solicita se trasladen a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó en las AFP demandadas.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de junio de 1964 se vinculó al sistema de seguridad social en pensiones ante el I.S.S., el 1º de octubre de 1987 y se trasladó al Fondo privado a partir del 1º de agosto de 1995, como consecuencia de una asesoría incompleta al no advertirle sobre los efectos jurídicos y económicos de dicho traslado, como tampoco lo hicieron los promotores de los demás Fondos demandados. Informó que el 8 de marzo de 2017 solicitó su traslado a Colpensiones, el cual fue negado.

Como fundamento normativo, citó los artículos 53 y 58 de la Constitución Nacional, las Leyes100 de 1993, 797 de 2003, 795 de 2010, los Decretos 663 de 1994, 720 de 1994, 2555 de 2010, 2241 de 2010, 2071 de 2015, e hizo referencia a las sentencias con radicado 31989 de 2008, 31314 de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, para dar contestación allegó el escrito visible a folios 389 a 419 en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al

considerar que en la afiliación de la actora al RAIS no se configuró causal de nulidad por no acreditarse ningún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas y la genérica.

COLFONDOS S.A., contestó con el escrito que obra a folios 425 a 455 en el cual fundamentó su posición a las pretensiones en que los asesores de ese Fondo siempre han contado con la preparación e idoneidad para brindar asesoría suficiente, completa, clara y veraz como ocurrió en el caso de la demandante, quien no es beneficiaria del régimen de transición en los términos de las sentencias de la Corte Constitucional que cito, por lo cual dice que no es procedente el reintegro. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A., mediante su apoderada contestó la demanda como se observa en el escrito que obra a folios 468 a 486, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la información que le fue suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales, por lo cual ella de manera voluntaria adoptó la decisión de trasladarse al ser esa una actividad libre y voluntaria de los afiliados, negó que con ese trámite de afiliación se le hubiera causado algún perjuicio a la actora. Propuso las excepciones de Falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, prescripción e inexistencia del perjuicio alegado.

PROTECCIÓN S.A., para dar contestación allegó el escrito visible a folios 475 a 487, en el que se opuso a lo pretendido en la demanda al considerar válido el traslado que hizo la demandante por haberse cumplido todos los requisitos legales, sin que exista vicio del consentimiento alguno. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de junio de 2020, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MABEL LEONOR ORJUELA GIL identificada con CC N° 38'260.271, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 28 de julio de 1995, incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
> *SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliada la señora MABEL LEONOR ORJUELA GIL identificada con CC N° 38'260.271 a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.*
> *TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN (antes ING) S.A. y PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE) a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente.*
> *CUARTO: DECLARAR NO PARABADAS las excepciones propuestas por las demandadas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
> *QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones invocadas en su contra.*
> *SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN (antes ING) S.A. y PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE) en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma de $1'000.000 para cada una de las entidades.*
> *SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSULTESE a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social."*

Como fundamento de su decisión, se refirió al deber de información que tienen los Fondos frente a quienes se pretendan afiliar, citó entre otras la sentencia 31989 de 2008, en las que se determina ese deber como requisito para que opere en debida forma el traslado, así como los demás aspectos que frente al asunto refirió; señaló que no demostraron los Fondos privados el tipo de capacitación que les brindó a sus asesores para establecer que la información suministrada a la afiliado fue eficaz para que de esa manera pudiera adoptar la decisión que considerara conveniente.

IV. RECURSOS DE APELACION

El apoderado de COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia y solicitó su revocatoria, al manifestar que en el juicio no se logró establecer la existencia de ningún vicio del consentimiento por haberse brindado la asesoría conforme a los lineamientos establecidos en las normas vigentes para la época, como consta en el formulario de afiliación y con ese fundamento de acuerdo con su autonomía de la voluntad la actora tomó su decisión de trasladarse a ese Fondo.

Por su parte el apoderado de PROTECCIÓN S.A., dijo limitar su recurso a la condena que se impone a ese Fondo de efectuar la devolución de todos los dineros correspondientes a gastos de administración durante el tiempo en que estuvo vinculada a ese Fondo, ya que los mismos cumplieron su fin con la cobertura respectiva, así como la conservación de esos dineros por el Sistema de Seguridad Social, que es uno solo en cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes.

La apoderada de PORVENIR S.A., manifestó que como lo expresó en sus alegatos de conclusión con los cuatro formularios de afiliación que suscribió la demandante se acreditó que recibió la información suficiente sobre las características del RAIS, así como las implicaciones de su decisión, siendo la demandante una persona plenamente capaz debe responder por los actos jurídicos que celebre; y que al existir en su momento las normas que disponían la forma de realizar ese trámite de afiliación. Finalmente se refirió a las aclaraciones de voto efectuadas a las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia; y que en caso de ser confirmada la condena respecto del traslado se revoque la decisión de devolver los rendimientos que se generaron con la afiliación para que sean devueltos a Colpensiones entidad que no los administró y corresponder esa situación a un enriquecimiento sin causa.

El apoderado de COLPENSIONES solicitó revocar en su integridad la sentencia de primera instancia por considerar que no se ajusta a los precedentes jurisprudenciales existentes al respecto, porque en este caso la demandante dijo no recordar de manera concreta las circunstancias de su traslado, lo cual a su juicio desvirtúa la falta de información que se aduce en la demanda y queda basada la decisión en supuestos; sostuvo que al mantenerse la decisión de traslado se impone al Régimen de Prima Media una carga que va en detrimento del sistema pensional. Dijo que la inconformidad de la demandante corresponde al monto de su pensión y ese no puede ser el fundamento para conceder el traslado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso 11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado
Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.
La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado."*

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

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

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

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

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

En el presente asunto, tenemos que el 28 de julio de 1995, el demandante suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A., documento que obra a folio 626 del plenario.

En el interrogatorio de parte absuelto por la demandante sostuvo que es de profesión Ingeniera de Sistemas, frente a las circunstancias de su traslado manifestó que recibió la visita de un asesor del Fondo privado quien le llevó unos formatos para diligenciar y le dio información respecto de la posibilidad de poderse pensionar de igual forma que en el Seguro Social, pero no le fueron dadas a conocer las características de ese nuevo régimen pensional, sostuvo que los traslados posteriores que hizo a los otros Fondos demandados obedecieron a que los respectivos asesores le decían que era mejor el que cada uno representaba.

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUDITH RAMÍREZ contra **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENSTAR FAMILIAR ICBF.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 023 2018 00647-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

Se pretendió en la demanda "*declarar que el ICBF actuó ilegalmente al expedir el Acto Administrativo contenido en el Oficio N° 25-1000, sin fecha, firmado por el Director Regional de Cundinamarca señor Leonardo Andrés Chávez Robayo, por ser violatorio de los derechos fundamentales de las madres comunitarias demandantes, tales como el trabajo en condiciones dignas y justas de las mujeres, prevalencia del derecho sustancial y de los principios protector, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad, remuneración mínima vital y móvil...*"; como consecuencia de esas declaraciones solicitó: " *se condene al reconocimiento de su verdadero y real vínculo laboral de servidora pública de facto adscrita a esa entidad desde cuando inició su labor y hasta cuando permanezca en su ejercicio..., como consecuencia se condene al I.C.B.F., al reconocimiento y pago con la indexación e intereses legales a favor de la madre comunitaria demandante de los valores correspondientes a los derechos salariales, prestacionales y de todos los emolumentos laborales (primas, vacaciones, bonificaciones, cesantías, intereses de cesantías y aportes a la seguridad social, etc). El pago de una indemnización de*

perjuicios materiales por el uso de sus bienes muebles e inmuebles para la ejecución de la labor subordinada de madre comunitaria... una indemnización por los perjuicios inmateriales causados por sometérsele a que en el ejercicio de sus labores del Programa Estatal de Hogares de Bienestar Familiar tuviera prohibido el no poder permanecer su marido, hijos y cualquier familiar o amigo en su residencia durante todo el día recibiendo por ello traumatismos y daños morales a su vida en relación y afectación a sus bienes y derechos constitucionales y convencionales."

Como fundamentos fácticos de esas pretensiones se refirió a la creación y funcionamiento del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar a través del ICBF, al cual dice encontrarse vinculada desde el 3 de abril de 1993, "*mediante el intermediario denominado Asociación de Padres de Hogares de Bienestar*"; sostuvo que para la realización de su actividad el Director de ese programa le impuso una jornada de 8 horas diarias, así como la pérdida de esa calidad de madre comunitaria por la inasistencia sin justa causa a más de dos eventos de los que son programados; sostiene que su labor es realizada bajo subordinación directa de la entidad demandada sin que nunca le haya reconocido los derechos laborales que reclama, ni el pago de valor alguno por la ocupación de su residencia en esa actividad. Manifestó haber agotado la reclamación administrativa con a solicitud elevada a la entidad demandada, para lo cual se citó a una conciliación que resultó fallida el 5 de marzo de 2018.

La demanda fue inicialmente repartida a la Jurisdicción Administrativa, la cual a través del Juzgado Veinticinco (25) Administrativo del Circuito de Bogotá, por auto del 14 de septiembre de 2018, declaró su falta de competencia ordenó remitir la actuación a esta Jurisdicción Ordinaria, fue así como el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad la admitió para posteriormente mediante auto del 21 de junio de 2019 suscitó conflicto de competencia y ordenó remitir la actuación al Consejo Superior de la Judicatura, Corporación que mediante decisión del 22 de agosto de 2019, le asignó la competencia al Juzgado Laboral.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El I.C.B.F., dio contestación con el escrito que obra a folios 126 a 135, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al negar la existencia del vínculo laboral con la demandante por lo cual dijo que no se le adeuda suma alguna por los conceptos laborales reclamados; manifestó que la vinculación de las madres

comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad que participen en el programada de Hogares de Bienestar, mediante su trabajo solidario constituye una contribución voluntaria, la cual no implica una relación laboral con ninguna de las personas ni entidades que participen en dicho programa. Señaló que la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios no es una empresa de servicios temporales, sino que hace parte del grupo de entidades administradoras del servicio EAS, las cuales no tienen ánimo de lucro por ser organizaciones comunitarias. Se refirió a la naturaleza jurídica del ICBF, así como a los diferentes programas que desarrolla en ejercicio de su función legal encaminada a la protección de la niñez, para reiterar que en la actividad que realizan las madres comunitarias no se configura un vínculo laboral con la entidad, de acuerdo con las sentencias que citó. Propuso como excepciones previas las de prescripción y falta de jurisdicción; de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y la genérica. Mediante el escrito que obra a folios 122 a 125 la apoderada de la entidad formuló llamamiento en garantía respecto de la Asociación de Padres de Hogares Comunitarios de Bienestar Juventud Emprendedora y del Fondo de Solidaridad Pensional a través del Consorcio Colombia Mayor, el cual fue negado por el Juzgado con auto del 10 de mayo de 2019 (fls. 227-228)

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 11 de marzo de 2020, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

"PRIMERO: ABSOLVER al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - I.C.B.F.-, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora JUDITH RAMÍREZ conforme a las consideraciones expuestas.
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante.
TERCERO: Si el presente fallo no fuere apelado, CONSULTESE con el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, conforme al artículo 69 del Código Procesal Laboral, dado que la presente decisión es adversa a las pretensiones de la demandante."

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la demandante recurrió la sentencia al considerar que se debe declarar la existencia del vínculo laboral entre las partes, teniendo en cuenta la obligación de respetar los convenios internacionales, así como los principios de favorabilidad y de realidad sobre las formalidades que en estos casos se deben considerar, teniendo en cuenta que la entidad demandada le impone a la actora el

horario en que debe realizar su actividad como madre comunitaria, así como las condiciones en que la debe ejecutar, lo cual a su juicio permite demostrar la subordinación propia del contrato de trabajo. [1].

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala examinará si en el presente asunto se acreditó o no la existencia del vínculo laboral entre las partes, siendo necesario partir en este asunto de la actividad ejercida por la demandante y que se aduce como configurativa del vínculo laboral con la entidad demandada

---

1

Si bien como se dijo en la audiencia pasada cuando se dio la oportunidad de alagar de conclusión, se habló del control de convencionalidad, de cómo en estos casos se debe aplicar independientemente si hubiere sido pedido por la demandante porque este puede hacerse de oficio, toda vez que Colombia se ha obligado a respetar los convenios internacionales y casos como este llevan a que se haga un control de convencionalidad y se aplique el principio de favorabilidad como en estos casos cuando se trata de trabajadores en condiciones muy desfavorables, que si bien el Estado Colombiano ha estado usufructuando o beneficiándose del trabajo de estas mujeres, porque ha sido así lo que ha sucedido durante muchos años desde que se creó esta modalidad de trabajo como madres comunitarias, que aparentemente es un trabajo social de padres de familia, esto en realidad es un trabajo; entonces por otra parte el Despacho no tuvo en cuenta el principio de la realidad frente a la formalidad; aquí hay una norma, una formalidad que dice que es un trabajo de carácter social, que no existe vinculación con el Estado, eso si no fuera que el ICBF no les exigiera a las madres comunitarias que deben estar desde las 7 de la mañana recibiendo los niños y entregándolos a las 5 de la tarde, pero previo a eso tienen que antes de las 7 de la mañana estar haciendo el aseo al hogar propio de ellas, a su propia casa, que es el sitio donde se va a desarrollar el trabajo prestado al ICBF en el que ni siquiera se les proporciona un sitio de trabajo, sino que ellas deben poner su propia casa al servicio del ICBF y así mismo brindar las condiciones que exige el ICBF, que les hace requerimientos, les cierra los hogares comunitarios, les produce un acoso laboral tan fuerte que muchas de ellas han fallecido; cuando el ICBF les hace una inspección a los hogares comunitarios como hay evidencia en el expediente de esos seguimientos que les hace y como en el caso de la demandante deben llenar unos formularios con unos requisitos y una cantidad de cosas que el ICBF exige y se escuda en que ellas no son trabajadoras del ICBF sino que pertenecen a una asociación de padres que es la que les paga, pero es que los Colombianos somos los que damos la plata al ICBF y no a otra asociación y eso es lo que hace esa asociación con nuestro dinero. A partir del año 20147 fue que se les empezó a pagar medio salario mínimo y son las mismas madres comunitarias las que crean esa asociación al agruparse para poder obtener su remuneración. Es lo mismo que ocurre con la Ley 80, en casos en que al existir la subordinación se debe declarar la relación laboral, como en este caso en que la demandante ha venido vinculada al ICBF desde el 3 de abril de 1993. El Despacho si bien citó jurisprudencia de las Altas Cortes, no aplicó el principio de favorabilidad para acceder a declarar que estas mujeres son verdaderas trabajadoras del Estado. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha expedido fallos en los que aplica el principio de favorabilidad con aplicación de los tratados y convenios internacionales, así como el Consejo de Estado Sección Segunda (da lectura a apartes de sentencias). El Despacho se apartó de aplicar la convencionalidad, como si lo hizo el Consejo de Estado para el caso de magistrados en otras situaciones."

corresponde a la de "*madre comunitaria*", en ese sentido debe remitirse la Sala a la sentencia SU- 079 del 9 de agosto de 2018[2], en la cual se señaló en lo pertinente:

> *«(...) (i)En relación con la supuesta estructuración de una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF por los diferentes periodos en que estas se desempeñaron como madres comunitarias y sustitutas, la Corte reiteró que tanto la ley como la jurisprudencia constitucional han descartado la posibilidad de que ello se configure.*
>
> *Para el caso de las madres comunitarias, su participación en dicho programa suponía una labor solidaria y una contribución voluntaria en beneficio de los menores objeto del mismo, que responde a la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, de acuerdo con el artículo 44 Superior. En esa medida, el artículo 4 del Decreto 1340 de 1995 expresamente previo que la vinculación de las madres al aludido programa "no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo". En el mismo sentido, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, precisó que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF "en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas". En igual dirección, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación entre las madres comunitarias y los entes vinculados al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, es de orden contractual civil y de allí "no se desprende una vinculación de carácter laboral", en los términos de la sentencia SU-224 de 1998.*

Posteriormente la H. Corte Constitucional determinó que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289 de ese año, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador y no el I.C.B.F., contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral, al disponer el artículo 4° de dicha norma: *"Podrán ser empleadores de las madres comunitarias, las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar que hayan sido constituidas legalmente, con capacidad contractual, personería jurídica y que cumplan los lineamientos establecidos por el ICBF."*, al respecto la referida sentencia SU 078 de 2018, señaló:

> *"...Su labor responde al enfoque solidario y de corresponsabilidad social en beneficio de los menores en situación de vulneración de derechos. El Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) en su artículo 79 estableció que "el hogar sustituto no tendrá derecho a reclamar remuneración alguna por el cuidado del menor, ni por ello se configurará relación laboral o contractual onerosa con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar". En el mismo sentido, el artículo 59 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), prevé que "en ningún caso se establecerá*

[2] Corte Constitucional, Sentencia SU-079 de 9 de agosto de 2018, M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los responsables del hogar sustituto".

Al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales Inherentes a la misma como tampoco el pago de aportes parafiscales en favor de aquellas.

La anterior conclusión no restringe o descarta la posibilidad que tienen las accionantes de acudir, si así lo estiman conveniente, ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral con el fin de que el juez natural de este tipo de controversias se pronuncie sobre la alegada existencia de un contrato realidad, para que con observancia de las garantías constitucionales de las partes y de terceros, mediante pruebas practicadas con pleno respeto del derecho de contradicción, y luego de un detallado debate fáctico, jurídico y probatorio, se establezca si de alguna manera se configuró una relación laboral entre las accionantes y el ICBF, fuera o dentro de los distintos programas liderados por la entidad, y/o con los operadores o entidades administradoras del programa.

(ii)
*En materia de **aportes parafiscales en pensión**, la Corte encontró que el único beneficio que contempló la normatividad para las madres comunitarias y sustitutas está previsto en el artículo 2º de la Ley 1187 de 2008, el cual solo consagró un subsidio al aporte del Régimen General de Pensiones. En los asuntos acumulados las accionantes no invocan el acceso a dicha prerrogativa, pues justamente (a mayoría hicieron uso de esta y cuentan en su historia laboral con el subsidio al aporte de cotización, de acuerdo a lo informado por el Consorcio Colombia Mayor 2013 y Colpensiones. Lo que pretenden las madres comunitarias y sustituías es el pago total de los aportes a pensión derivados de una supuesta relación de trabajo entre ellas y el ICBF, lo cual, como se señaló, no es posible.*

Al respecto, la corporación recordó que la Ley 100 de 1993 había establecido que el Fondo de Solidaridad Pensional comenzaría a funcionar a partir del 1º de enero de 1995, sin modificar la voluntariedad en la afiliación de los trabajadores independientes, por lo que los potenciales beneficiarios debían diligenciar el formulario para que la fiduciaria encargada de administrar los recursos (hoy Colombia Mayor 2013), definiera el acceso al subsidio y, una vez concedido, el afiliado cumpliera con la obligación de realizar el aporte en el porcentaje que le correspondía a la Administradora de Fondo de Pensiones del sector social y solidario (Colpensiones). Una vez el trabajador independiente realizara el pago del porcentaje respectivo (20%), la Administradora de Fondo de Pensiones cobraba al Fondo de Solidaridad Pensional el porcentaje subsidiado restante (80%)."

Se debe tener en cuenta que entre el 29 de diciembre de 1988 y el 1.º de enero de 1995, las madres comunitarias podían afiliarse al sistema general de pensiones y debían sufragar el 100% del aporte; entre el 1º de enero de 1995 al 3 de agosto de 1999 (entrada en vigencia de la Ley 509 de 1999), debían afiliarse al sistema pensional, y pagar el 30% del valor del aporte; del 3 de agosto de 1999 al 12 de febrero de 2014, quienes ya estaban afiliadas en el sistema pensional, tenían que pagar el 20% del aporte pensional y a partir del 12 de febrero de 2014, fecha de entrada en vigencia del Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias suscribieron

contratos de trabajo con las Empresas Administradoras de Servicios EAS, y tales empresas son las que realizan los aportes pensionales en los términos de la Ley 100 de 1993.

Es evidente que a partir del Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias adquirieron la calidad de trabajadoras de las respectivas entidades que administran los hogares adscritos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dispuso que les son aplicables las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo por tener la calidad de empleadas del sector privado.

En este caso es claro que con la demanda no se persigue el beneficio legal, ya reconocido a las madres comunitarias correspondiente a la vinculación laboral en los términos señalados en el párrafo anterior, ni los respectivos aportes pensionales, sino que se declare la existencia del vínculo laboral con la entidad demandada I.C.B.F., con las consecuencias que de ello se derivan, a lo cual no es posible acceder por ser reiterado el criterio de la H. Corte Constitucional al señalar que frente a las madres comunitarias no se configura una relación laboral directa con esa entidad, cuando indicó en la sentencia ya citada:

> *"Por lo anterior la Sala Plena concluyó que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales de las accionantes, toda vez que entre la entidad y las madres comunitarias y sustitutas ni en el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral. Los Programas de Hogares Comunitarios y Sustitutos se fundamentan en una labor voluntaria y solidaria de carácter social. En consecuencia, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se genera la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales en su favor. Asimismo, no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados por las accionantes por parte del Consorcio Colombia Mayor 2013 ni Colpensiones, ya que se han subsidiado los aportes en pensiones de acuerdo al marco legal y reglamentario que gobierna el Programa de Subsidio al Aporte en Pensión y se han registrado en la historia laboral las semanas subsidiadas de quienes se afiliaron, lo cual ha dependido del pago porcentual que le corresponde asumir a los beneficiarios del mismo y no incurrir en las demás causales de suspensión o retiro. Por tanto, en los expedientes acumulados se revocarán las decisiones de instancia que concedieron el derecho y se confirmarán las que negaron el mismo, pero por las razones expuestas en esta providencia».*

Se debe considerar también, que para el grupo poblacional de las madres comunitarias, desde la expedición de la Ley 1450 de 2011 se creó un subsidio perteneciente a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional,

así mismo el Decreto 1833 de 2016 prevé la posibilidad de que las personas que dejan de ser madres comunitarias y que no reúnan los requisitos para acceder a una pensión, ni sean beneficiarias del mecanismo de beneficios económicos periódicos, tendrán acceso a un subsidio de la subcuenta de subsistencia del referido Fondo que será complementado por el ICBF, siempre y cuando reúnan las condiciones para acceder a ese beneficio.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

En las condiciones de las actividades realizadas por las madres comunitarias, calidad que tiene la demandante, se reitera que no permiten establecer el requisito que caracteriza el vínculo laboral, cual es el de la subordinación propia del contrato de trabajo, como lo definió la Corte Constitucional.

Al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate probatorio, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto la demandante ha estado ligada con la entidad demandada en virtud de una relación laboral subordinada, que permita configurar la existencia del contrato de trabajo como se pretende en la demanda, situación que conduce a la decisión absolutoria que determinó el Juzgado en la sentencia recurrida, por lo cual será confirmada.

COSTAS A cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $350.000, las que deberán liquidarse en la oportunidad procesal pertinente.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de marzo de 2020, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, se fija como agencias en derecho la suma de $350.000.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

INCLÚYASE en la liquidación de costas, como agencias en derecho a cargo de la parte demandante la suma de $350.000.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JORGE ENRIQUE LONDOÑO PINZÓN contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 026 2019 00671 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A. así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos de conclusión, la apoderada de COLPENSIONES solicitó la absolución de toda condena al manifestar que no es procedente declarar que el contrato de afiliación del demandante al RAIS es nulo por no obrar medios de prueba en el expediente que así lo demuestre.

El apoderado del demandante solicitó en sus alegatos se confirme la sentencia de primera instancia, al reiterar que al afiliado no se le brindó la asesoría requerida para que pudiera adoptar de manera informada su traslado.

La apoderada de PORVENIR S.A., solicitó revocar la sentencia recurrida al reiterar que el traslado del demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente como quedó expresado en el formulario de afiliación, documento que a su juicio prueba la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado a PORVENIR S.A. el 31 de marzo de 2000 por incumplir la obligación legal de brindarle información objetiva sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; solicita se trasladen a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó en la AFP demandada.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 31 de mayo de 1953 se vinculó al sistema de seguridad social en pensiones ante el I.S.S., entidad en la que dice haber estado vinculado durante 21 años, 3 meses y 28 días, y se trasladó a Porvenir S.A. el 31 de marzo de 2000, como consecuencia de una asesoría engañosa e incompleta al no advertirle que al 1º de abril de 1994 ya contaba con más de 15 años de cotización en el régimen de prima media; posteriormente en abril de 2015 el Fondo privado le informa la cuantía de su mesada pensional por lo cual solicitó su traslado a las entidades demandadas, el cual fue negado.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, Ley 1329 de 2009 y Decreto 720 de 1994 e hizo referencia a las sentencias con radicado 31989 de 2008, 31314 de 2009 y 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., mediante su apoderada contestó la demanda como se observa en el escrito que obra a folios 78 a 87, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la información que le fue suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que al respecto ejerce la Superintendencia Financiera, por tanto la forma en que se realizó el traslado no fue caprichosa, ni abusiva, sino el resultado de la información

debidamente impartida al afiliado. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de la demandada, enriquecimiento sin causa y la genérica.

COLPENSIONES, para dar contestación allegó el escrito visible a folios 107 a 113 en el que dijo atenerse a lo que se demuestre en el juicio porque es al Fondo demandado al que le corresponde probar que le brindó al afiliado la información efectiva, oportuna y veraz para que tomara la decisión de su traslado. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del pago de intereses moratorios y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de junio de 2020, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de marzo de 2000.*
> *SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes del demandante junto con los rendimientos causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de cuota de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
> *TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte el traslado y tenga en cuenta para todos los efectos pensionales los aportes realizados por el demandante.*
> *CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.*
> *QUINTO. CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho la suma de $600.000."*

Como fundamento de su decisión, la Juez a-quo argumentó que de conformidad con la reiterada jurisprudencia que existe frente al tema, el deber de información de los Fondos de pensiones a sus afiliados siempre ha existido, sin que en este caso obre prueba suficiente que demuestre el cumplimiento de ese deber de información a la demandante, sin que el formulario de afiliación resulte suficiente para tener como acreditado ese requisito para la validez de la afiliación.

IV. RECURSO DE APELACION

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia y solicitó su revocatoria, el cual sustentó en los siguientes términos:

"No existen razones válidas ni jurídicas para ordenar el traslado del demandante porque la decisión fue tomada por él de forma consciente y espontanea sin presiones ni apremios de ninguna naturaleza y se cumplieron todos los requisitos exigidos por las normas que estaban vigentes para la fecha en que se produjo, pues en primera medida antes de adoptar la decisión recibió la información suficiente y veraz, segundo suscribió el formulario de solicitud de vinculación de manera voluntaria y tercero en cumplimiento de las exigencias legales al suscribir ese formulario se concretó el traslado, al momento en que el demandante tomó la decisión de trasladarse la sociedad que represento cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondía en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes, las cuales no exigían la información requerida en la demanda; con la expedición del Decreto 2555 de 2010, 1571 de 2014 fue que las administradoras adquirieron en su cabeza el deber de información, tanto a sus afiliados como al público en general; aunque se hubiera efectuado una proyección pensional al afiliado no estaría ajustada a la realidad por cuanto la mayoría de los casos las variables de edad modificarían el resultado, sin que la diferencia en el monto de las pensiones que otorgan los regímenes pensionales constituyan una posibilidad para el actor de devolverse al régimen de prima media, sin que lo hubiera hecho cuando contaba con la oportunidad y no lo hizo con lo cual no actuó de forma diligente y solo muchos años después se interesó por su situación pensional".

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso 11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán

Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado."*

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, tenemos que el 18 de octubre de 1994, el demandante suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A.., documento que obra a folio 37 del plenario.

Del interrogatorio de parte, absuelto por el demandante, sostuvo que el asesor de Porvenir le manifestó que era mejor cambiarse a un Fondo privado de pensiones, porque le era más beneficioso al poder pensionarse en mejores condiciones, que su historia pensional sería actualizada y sin más información suscribió el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GABRIEL PINTO FUENTES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**
RADICADO: 11001 3105 028 2019 00145 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a estudiar el recurso de apelación concedido a favor de la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de septiembre de 2020.

Por otra parte se observa que el apoderado de COLPENSIONES y del accionante, presentaron escritos a través de los cuales exponen sus alegatos de conclusión.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende la reliquidación de su mesada pensional, teniendo en cuenta los salarios sobre los cuales cotizó en los últimos 10 años, debidamente indexados, incremento del 7% por hijo a cargo, indexación y costas del proceso. Sustentó sus pretensiones en que, mediante sentencia

proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, se ordenó el reconocimiento de una pensión de vejez. Que, en acatamiento a la decisión judicial, Colpensiones mediante Resolución procedió a reconocer la prestación en cuantía de $3.697.277, sin actualizar los salarios sobre los cuales cotizó. Finalmente precisó, que tiene un hijo, quien nació el 08 de diciembre de 2004 y se encuentra en etapa escolar.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación como aparece de folios 35-39, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que se configuró el medio exceptivo de la cosa juzgada, como quiera que, en un proceso anterior se reconoció la pensión de vejez, señalándose el valor de la mesada pensional. Así mismo señaló que el incremento peticionado fue afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción. Propusó las excepciones de cosa juzgada, improcedencia técnica de modificación sentencia ejecutoriada, prescripción, incompatibilidad de intereses moratorios e indexación, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de septiembre de 2020, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, conforme las consideraciones dadas con antelación.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *probadas las excepciones formuladas por la demandada denominadas COSA JUZGADA e IMPROCEDENCIA TÉCNICA DE MODIFICACION DE SENTENCIA EJECUTORIADA.*
>
> ***TERCERO:*** *Las costas de esta instancia están a cargo de la parte actora, señalándose como agencias en derecho la suma de $100.000, a favor de COLPENSIONES.*
>
> ***CUARTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión se debe consultar con el Superior.*

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Alegó en síntesis que no existe cosa juzgada, como quiera que lo pretendido en el presente trámite es la reliquidación del IBL, basados en hechos y pretensiones diferentes al anterior proceso. Por otra parte, enunció que, la Sala de Casación Laboral ha indicado en reiteradas sentencias que los incrementos por personas a cargo no perdieron vigencia con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

IV. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del CPL y SS- *principio de la consonancia-*, la Sala estudiará si operó la institución jurídica de la cosa juzgada sobre la reliquidación pensional pretendida por el demandante y si los incrementos del 7% por hijo económicamente dependiente, se encuentran vigentes.

Aduce la demandante que, su pensión debe ser reliquidada teniendo en cuenta los salarios sobre los cuales cotizó en los últimos 10 años debidamente indexados "*reconocer, liquidar y pagar la indexación del ingreso base de liquidación de los salarios devengados en los últimos 10 años de servicio al señor Gabriel Pinto Fuentes, a partir del 05 de octubre de 2012, reconociendo la pérdida del poder adquisitivo del Peso Colombiano*" (folio 3)

El artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y 303 del C.G.P., determinan los presupuestos para la existencia de cosa juzgada, así:

a). Que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes.

b). Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones.

c). Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos.

Ahora, obra dentro del plenario expediente administrativo-folio 45-, a través del cual se logra determinar que el hoy demandante instauró demanda en contra de COLPENSIONES, en los siguientes términos:

> *"pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 5 de abril de 2012, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, con una tasa de reemplazo del 87%, liquidada con los aportes efectuado durante toda la vida laboral*

Atendiendo lo pretendido por el señor GABRIEL PINTO PUENTES, el Juzgado 5 Laboral del Circuito mediante sentencia del 17 de noviembre de 2016, dispuso (expediente administrativo):

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que el demandante GABRIEL PINTO FUENTES, configuró los requisitos legales para acceder válidamente a la pensión de vejez a partir del 5 de abril de 2012.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que el demandante GABRILE PINTO FUENTES tiene derecho a que la prestación pensional de vejez le sea reconocida en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandad COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante GABRIEL PINTO FUENTES, la pensión de vejez a partir del 5 de abril de 2012, teniendo como primera mesada pensional el equivalente a $3.697.227.49, junto con los aumentos legales anuales correspondientes a razón de 13 mesada anuales.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la demanda COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante GABRIEL PINTO PUENTES los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de octubre de 2012 y hasta cuando se verifique el pago de las mesadas adeudadas.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones de PRESCRIOCION, PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, INEXISTENCIA DEL DERECHO, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE COLPENSIONES, NO CONFIGURACION DEL DERECHO AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS Y CARENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR.*
>
> ***(...)***

La anterior providencia fue confirmada por esta Corporación, mediante sentencia del 25 de enero de 2017.

Ahora en el presente trámite pretende el actor "*reconocer, liquidar y pagar la indexación del ingreso base de liquidación de los salarios devengados en los últimos 10 años de servicio al señor GABRIEL PINTO FUENTES, a partir del 5 de octubre de 2012, reconociendo la pérdida del poder adquisitivo del Peso Colombiano" (folio 3).*

Aplicando los anteriores parámetros al asunto examinado, resulta que:

El demandante presentó inicialmente demanda en contra de COLPENSIONES, para el reconocimiento de la pensión de vejez, prevista en el Acuerdo 049 de 1990, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, que mediante sentencia del 17 de noviembre de 2016, ordenó el reconocimiento de la citada prestación, en cuantía de $3.697.227.49 a partir del 5 de abril de 2012, decisión que fue confirmada por esta Corporación mediante providencia dictada el 25 de enero de 2017 (folio 45). En tanto en el presente asunto, pretende la reliquidación de la pensión que le fue otorgada por Colpensiones, teniendo un IBL de los últimos 10 años de cotización, debidamente indexados.

Luego de lo anterior, es dable concluir que en ambos procesos el demandante es GABRIEL PINTO FUENTES y la entidad demandada COLPENSIONES.

Las pretensiones del proceso inicial estaban encaminadas a obtener el reconocimiento de la pensión vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, súplicas que fueron despachadas de manera favorables a los intereses del actor. En el actual la accionante pretende la reliquidación de la Pensión, teniendo en cuenta para ello: "*la indexación del ingreso base de liquidación de los salarios devengados en los últimos 10 años de servicio al señor GABRIEL PINTO FUENTES, a partir del 5 de octubre de 2012,* (folio 2-4 y 81-82).

En ambos procesos se alega como causa que tenía derecho a una pensión de vejez, por cumplir con los requisitos establecidos en la ley y que la misma fue denegada por la entidad de seguridad social. Agregando en las presentes

diligencias que a través de sentencia emitida por el Juzgado Quinto le fue reconocida la prestación.

De manera que, ateniendo las situaciones fácticas arribas reseñadas, se concluye que la excepción de cosa juzgada se configuró, habida cuenta que concurren sus requisitos, pues los hechos que fundamentaron uno y otro proceso son los mismos, las pretensiones son idénticas y existe correspondencia respecto a los sujetos procesales.

Lo anterior, por cuanto ya existía un pronunciamiento previo respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, así como la cuantía y la fecha de disfrute de la acreencia, decisión que hizo tránsito a cosa juzgada y prestó merito ejecutivo.

Luego, no existe la posibilidad de entrar a modificar la cuantía del beneficio pensional, pues se reitera en un proceso inicial, se estudió el Ingreso base de liquidación, con base a los diez últimos años de salarios cotizados y el porcentaje del beneficio pensional en un monto del 87%, por así solicitarse en la demanda, por lo que no puede el accionante, pretender a través de un nuevo proceso la modificación del valor de la mesada pensional, cuando en su momento pudo haber hecho uso de los recursos ordinario y extraordinario, ante su inconformidad respecto de la cifra fijada por juez, razón por la cual se confirmará en esta aspecto la sentencia de primera instancia.

Ahora, en relación con el incremento del 7%, por hijo a cargo, es menester advertir que, la H. Corte Constitucional a través de la sentencia SU-140 de 2019, estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes, con fundamento en que con la promulgación de la Ley 100 de 1993, el sistema de pensiones vigente sufrió una transformación estructural cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulaba la transición del anterior al nuevo sistema, cambio que no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya tuvieran derechos adquiridos o, inclusive, una expectativa legítima sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a la pensión; que por lo anterior, se dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior,

esto es, edad, tiempo y monto; y que ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, hubo una derogatoria orgánica del régimen anterior dentro del cual se encontraban los referidos incrementos.

El alto Tribunal Constitucional, en la referida sentencia de unificación precisó:

> *"De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015."*

Adicionalmente, la H. Corte Constitucional señaló que los incrementos pensionales no son contestes con el inciso 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, que establece un marco de sostenibilidad fiscal así, «*guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo*», y en ese orden, en caso de considerarse su vigencia, al verse afectado el principio de sostenibilidad del sistema pensional habría que inaplicarlo por inconstitucional, además de ser contrarios a los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, La prestación solicitada nunca formó parte integrante de la pensión de vejez o invalidez y por tanto fue considerada como derecho de excepción a quienes cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de los reglamentos de invalidez, vejez y muerte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; por lo tanto, al no haberse incluido como integrantes dentro del tránsito legislativo de 1993, no existe razón alguna que justifique su existencia dentro del Sistema General de Pensiones. Como tampoco se encontraban contenidos dentro de los derechos que contempla el régimen de

transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que es bien sabido que el régimen de transición establecido en la norma garantiza únicamente la aplicación de los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto del régimen anterior al cual se encontraba afiliado el asegurado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, dado que estamos frente a una sentencia de unificación proferida por la H. Corte Constitucional, considera la Sala acogerse a los postulados de la misma, por encontrarlo ajustado a criterios de razonabilidad y a los fines del Sistema de Seguridad Social; en consecuencia, se considera que los incrementos pensionales sólo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al 1° de abril de 1994, en aplicación del Acuerdo que los consagra.

En este orden de ideas, la sentencia de Primera instancia, también será confirmada en este tema, pues se reitera el incremento en el caso del demandante no se encuentra vigente.

Costas.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de septiembre de 2020, según se expuso.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

Esta decisión se notifica en edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Se fijan como agencias en derecho la suma de $350.000 a cargo de la parte demandante.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

ÚLTIMA HOJA DEL PROCESO ORDINARIO N.°028-2019-00145-01, PROMOVIDO POR GABRIEL PINTO FUENTES VS COLPENSIONES

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA EDID ÁLVAREZ MERCHÁN contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 028 2019 00364 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

MARTHA EDID ÁLVAREZ MERCHÁN, pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., el 4 de septiembre de 2002, "por existir engaño y asalto a la buena induciéndole al error y viciando su consentimiento para trasladarse el régimen de ahorro individual. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se ordene su regreso a COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 28 de julio de 1964, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 31 de octubre de 2002 para trasladarse a partir del mes de noviembre de ese año al Fondo demandado, cuando sus asesores le insistieron ofreciéndole beneficios superiores a los que podría tener en el régimen de prima media al momento de pensionarse, pero al advertir que no era así, el 7 de septiembre de 2018 solicitó su retorno al régimen anterior.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602 y 1603 del Código Civi; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008 y 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 93 a 103, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que se debe propender por la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero del Sistema, puesto que de ser ordenado el traslado se genera una afectación grave de los ingresos y recursos del sistema pensional al recibir a una afiliada que está próxima a pensionarse. Propuso las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. para dar contestación a la demanda allegó el escrito que obra a folios 121 a 127, en el que se opuso a la declaración de nulidad de traslado, con fundamento en que ese trámite es plenamente válido y produjo efectos jurídicos al contar con todos los elementos para su existencia y validez; así mismo señaló que la afiliada recibió asesoría completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen. Propuso las excepciones de validez de la

afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de agosto de 2020, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO.DECLARAR la NULIDAD del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARTHA EDID ALVAREZ MERCHAN al RAIS con fecha de 04 de septiembre de 2002, por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
> *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguno por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA EDID ALVAREZ MERECHAN identificada con C.C. 51.822.462 a COLPENSIONES.*
> *TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.*
> *CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
> *QUINTO: Las costas de esta instancia están a cargo de las entidades demandadas, señalándose como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una de ellas y favor de la demandante.*
> *SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se debe consultar con el Superior, por ser adversa los intereses a COLPENSIONES."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia constituye un precedente judicial que debe ser aplicado en este caso, en el que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual, al no haber demostrado el Fondo de pensiones, que para la fecha en que se efectuó la vinculación hubiesen impartido información veraz, oportuna y comprensible sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, sin que el formulario de la afiliación inicial constituya prueba de haber sido informada de las desventajas o beneficios que implicaban el traslado

y su firma de la demandante solo permite establecer una aceptación pero no informada, sin que el ahorro voluntario que realizó la afiliada implique que conocía las características de ese régimen.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación con fundamento en que durante toda la vigencia de la afiliación de la actora a ese Fondo fueron administrados sus dineros en una gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado generando los rendimientos financieros que se pueden observar en los extractos de su cuenta allegados como prueba y al ser declarada la nulidad del traslado no debe ser procedente que se ordene la devolución de los gastos de administración por tratarse de comisiones ya causadas conforme a la ley, ni tampoco se deben devolver los rendimientos en razón a la ineficacia declarada por el Juzgado que torna las cosas a su estado inicial, por lo cual solicitó se revoque la sentencia.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia en su totalidad al radicar su inconformidad en que no es posible concluir la existencia de un engaño a la demandante que se perpetuó en décadas y percatarse de ello solo hasta que legó al momento de la causación de su pensión de vejez para lo cual citó el artículo 888 del Código de Comercio respecto a la ratificaciones que perfeccionan el acto. Igualmente señaló que los afiliados tienen unos deberes y el silencio guardado constituye la aceptación de lo pactado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la

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

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

Del documento visible a folio 129-130, se evidencia formulario de afiliación a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 1º de noviembre de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en los meses de agosto y septiembre de 2002 fueron a su lugar de trabajo en varias oportunidades unos asesores de la AFP demandada quienes insistían mucho en que se efectuara el cambio a ese Fondo y para ellos se le informó que se podía pensionar a la edad que quisiera con unos ingresos por pensión altos por corresponder al último sueldo y que en caso de fallecer ese dinero se lo entregarían a sus hijos, pero nunca le dieron a conocer lo negativo de esa afiliación o una comparación de la pensión respecto del Seguro Social; debido a esas insistencias tomó la decisión de vincularse.

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia **Y/O NULIDAD DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

MAGISTRADO PONENTE
LORENZO TORRES RUSSY

ACTA DE AUDIENCIA PUBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL ACCIÓN DE REINSTALACION PROMOVIDO POR ORLANDO GUALDRON MANRIQUE contra INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC

EXPEDIENTE N° 11001 3105 028 2019 00715 01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con el artículo 117 del CPT y de la SS, procede a dictar de plano la siguiente:

.

SENTENCIA

ORLANDO GUALDRÓN MANRIQUE promovió demanda especial de fuero sindical –acción de restitución-, para que se condene al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, a reinstalarlo en el cargo de Inspector Jefe de Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Neiva.

I. ANTECEDENTES

Como fundamentos fácticos de su pretensión manifestó el actor que se encuentra vinculado laboralmente con la entidad demandada y se afilió al Sindicato de Trabajadores del Sistema Penitenciario y Carcelario del Departamento del Huila, SINTRAPEC HUILA en la Subdirectiva Rivera filial de

FECOSPEC, en el que tiene el cargo de Primer Suplente de la Junta Directiva, en cuyo ejercicio ha contado con permisos sindicales con regularidad sin que se haya afectado su actividad laboral. Informó que fue trasladado por necesidades del servicio a Combita, según la Resolución 002466 del 5 de julio de 2019, notificada personalmente el 9 de agosto de 2019, frente a la cual presentó reposición el 2 de septiembre de 2019, siendo proferida la Resolución 003865 del 19 de septiembre de 2019 que negó la reposición y confirmó la anterior decisión, con lo cual considera que se ha desconocido su calidad de aforado sindical.

II- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, tanto a la entidad demandada como a la Organización Sindical Fecospec, en la audiencia realizada el 17 de noviembre de noviembre de 2020 la apoderada de la entidad demandada dio contestación, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al manifestar que le elección del actor como miembro de la Junta Directiva de la Organización Sindical es nula al desempeñar un cargo de confianza y manejo con poder subordinante, así como de dirección y coordinación. Igualmente sostuvo que el traslado del actor se debió a denuncias que hizo por amenazas en su contra, así como a necesidades del servicio. Propuso las excepciones de nulidad de la elección del demandante como primer suplente del Sindicato, inexistencia del fuero sindical por ineficacia de la elección, inexistencia de la obligación para la demandada de levantar el fuero sindical del demandante.

III- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que el demandante el señor ORLANDO GUALDRÓN MANRIQUE quien se identifica con C.C. N° 4085498 al momento del traslado al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Combita se encontraba amparado por la garantía del fuero sindical, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC a REINSTALAR al señor ORLANDO GUALDRÓN MANRIQUE quien se identifica con C.C. N° 4085498 al cargo que venía ejerciendo como Inspector Jefe Código 4152 Grado 14, en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Neiva Huila, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.
TERCERO: CONDENAR al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC a reconocer y pagar al señor ORLANDO GUALDRÓN MANRIQUE quien se identifica con C.C. N° 4085498 las prestaciones a que haya lugar con ocasión de la reinstalación conforme lo prevé el Decreto 446 de 1994, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por la demandada y que denominó nulidad de la elección como 1er suplente de SINTRAPEC e inexistencia de fuero sindical por ineficacia de la elección e inexistencia de la obligación por parte de la entidad demandada de levantar el fuero sindical del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.
QUINTO: COSTAS a cargo de la parte demandada y a favor del demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de $1'500.000
SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión remítanse las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta."

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación a fin de que se revoque, el cual sustentó en los siguientes términos: "*Procedo a sustentar el recurso de conformidad con la contestación de la demanda, en primer lugar manifiesto que la entidad que represento actuó con fundamento en facultades legales y constitucionales en los que se sustentó la orden de traslado N° 002466 del 5 de julio de 2019, se debió a la situación de riesgo y amenaza en razón de las funciones del cargo que ostenta el señor Gualdrón, cuando una persona está sometida a situación de amenaza se presenta el derecho al uso pacífico de la seguridad personal, de los derechos a la vida y a la integridad personal en virtud de la amenaza externa; es así como la entidad, el Inpec no puede actuar de manera insensata ante tan grave situación, pues existe un estudio técnico de la Unidad Nacional de Protección y su desconocimiento implicaría para el Inpec asumir una carga excesiva de responsabilidad ante el inminente riesgo que pesa sobre la vida e integridad del funcionario, luego entonces la orden contenida en la Resolución 002466 del 5 de julio de 2019 se constituye en un mecanismo inmediato e idóneo para salvaguardar su vida e integridad personal, dada la precariedad de medidas que en materia de seguridad y protección se le*

proporciona al Inpec por parte del ordenamiento legal colombiano. En consecuencia solicito con todo respeto que en la segunda instancia el Magistrado revise con toda atención si prima el aforo sindical sobre el derecho a la vida e integridad personal; de esta manera me permito dar por terminada mi apelación."

CONSIDERACIONES

La vinculación laboral del actor con la entidad demandada no fue objeto de controversia en este trámite al ser un hecho aceptado desde la contestación de la demanda y estar acreditado documentalmente con la certificación expedida por el INPEC (fls. 41-42), en la que se indica que el actor está vinculado en la planta de personal de la entidad con nombramiento en Carrera en el cargo de Inspector Código 4152 Grado 14, que actualmente desempeña en el Establecimiento Penitenciario Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Combita.

Tampoco existió discusión en cuanto a la existencia de la Organización Sindical denominada Sindicato de Trabajadores de Sistema Penitenciario y Carcelario del Departamento del Huila SINTRAPEC-HUILA, de la cual hace parte de su Junta Directiva el trabajador demandante al ser elegido como Primer Suplente como se establece con la constancia de registro de la modificación de esa Junta de fecha 26 de febrero de 2019 (fls. 9-10).

Descendiendo al asunto particular y concreto que ocupa la atención de la Sala, a partir de las pruebas recaudas se evidencia que el demandante para el momento en que le fue notificada la Resolución 02466 del 5 de julio de 2019 (fls. 11-14), por medio de la cual se ordenó su traslado del Establecimiento Penitenciario de Neiva al de Combita, se encontraba haciendo parte de la Junta Directiva de la mencionada Organización Sindical, como ya se señaló.

Pretendió el demandante la reinstalación al cargo de Inspector Jefe en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Neiva, la cual hace soportar en que al momento de producirse el traslado de que fue objeto contaba con la garantía del fuero sindical.

La mencionada figura hace referencia a la garantía de que gozan ciertos trabajadores de no ser despedidos, traslados ni desmejorados de sus condiciones laborales, sin justa causa y previa autorización del juez del trabajo. Esa protección que es otorgada por la ley, se deriva de la misma posición jerárquica que ostentan algunos asalariados dentro de la estructura de la organización sindical a la que pertenecen o en virtud a situaciones especiales, como es el caso de los fundadores del sindicato o adherentes al mismo, de conformidad con las previsiones del artículo 405 Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 204 de 1957 artículo 1° y artículo 406 del citado estatuto Laboral, subrogado por la Ley 50 de 1990, artículo 57, a su vez modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000.

En este orden de ideas tal garantía foral abarca los siguientes derechos: No ser despedido, ni desmejorado en sus condiciones laborales, ni trasladado a otro sitio o lugar de trabajo, salvo que exista justa causa comprobada, la cual debe ser previamente calificada por el juez de trabajo.

El marco normativo regulador de la acción de reintegro o restitución derivada de esa garantía constitucional y legal, establece que la misma debe ser presentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha del despido o traslado, actuación que en el caso de autos se hizo efectiva el 9 de agosto de 2019 (fl. 14), fecha en que fue notificada la Resolución que ordenó su traslado; el 2 de septiembre de 2019 el actor presentó reclamación administrativa en la que solicitó su reinstalación al cargo del que fue trasladado (fls. 15 a 20), y el 9 de octubre de 2019 presentó a reparto la demanda que dio lugar a este trámite (fl. 22), lo que implicó que el término prescriptivo no se configuró.

Determinado lo anterior y en cuanto hace al argumento esgrimido por la entidad empleadora en su recurso de apelación frente "*a la situación de riesgo y amenaza en razón de las funciones del cargo que ostenta el señor Gualdrón*", para con ese fundamento disponer su traslado, debe indicar la Sala que la motivación del acto administrativo contenido en la Resolución N° 002466 del 5 de julio de 2019 se fundamentó de manera principal en que el traslado se realizaba por necesidades del servicio y aunque se mencionó el tema de la

seguridad e integridad personal del trabajador, no se desarrolló ni se adujo como causa principal del referido traslado, ni tampoco en el curso del debate probatorio se ejerció ninguna actividad en ese sentido tendiente a acreditar tal situación y por el contrario se advierte que con la contestación de la demanda se adujo un aspecto diferente, cual fue que "*la elección del actor como miembro de la Junta Directiva de la Organización Sindical es nula al desempeñar un cargo de confianza y manejo con poder subordinante, así como de dirección y coordinación.*"

Entonces, considera la Sala que hay lugar a reinstalar al trabajador en su anterior lugar de trabajo, como quiera que tanto su actividad laboral como sindical la realizaba en la ciudad de Neiva, por tanto al ser modificadas sus condiciones laborales con el traslado se generó una ubicación distante que afecta el ejercicio sindical; por lo cual cabe mencionar que el artículo 118 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, cuyo examen de constitucionalidad se realizó en la sentencia C 381 de 2000, estableció con claridad que el interés debatido en el proceso de reintegro o reinstalación no es tanto el de buscar la protección individual del trabajador, sino amparar el derecho fundamental de asociación, el cual resulta vulnerado con esa decisión de traslado en las condiciones referidas en esta sentencia.

Como consecuencia de lo considerado se confirmará la sentencia recurrida, en cuanto arribó a la misma conclusión.

Costas

En esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase la suma de $700.000.oo por concepto de agencias en derecho.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de diciembre de 2020 en el proceso especial de fuero sindical acción de restitución promovido por ORLANDO GUALDRON MANRIQUE contra INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DEL INPEC, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyase la suma de $700.000.oo por concepto de agencias en derecho.

La sentencia anterior se notificará mediante edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Se fijan como agencias en derecho la suma de $700.000 a cargo de la parte demandada.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OSMELIA VIANY CEBALLOS RODRÍGUEZ contra **FUNDACIÓN PARA LA PROTECCIÓN Y DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS COMUNIDADES VULNERABLES –PROSPERARTE-, SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL CORANDINA LTDA., CORPORACIÓN REDISTRIBUCIÓN CON EQUIDAD SOCIAL RED SOCIAL y ANA JUDITH QUINTERO SÁNCHEZ.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 031 2017 00162-01

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de febrero de 2020.

La apoderada de la actora allegó escrito de alegatos en el cual solicitó revocar la sentencia para lo cual manifestó que en el juicio adelantado en primera instancia quedó demostrada la existencia del vínculo laboral con las demandadas, de acuerdo con las pruebas que relacionó y respecto de las cuales hizo su reseña. Igualmente cuestionó la decisión de la Juez al desconocer el documento correspondiente a la certificación que obra a folio 416 y afirmó que en aras de restarle valor probatorio no podía efectuar manifestaciones que califica de *"calumniosas"*, ni de manera oficiosa compulsar copias para que se investigue una conducta delictiva. Reiteró que se configuraron los tres elementos del contrato de trabajo y que por ello se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la existencia de un contrato de trabajo con las demandadas, a término indefinido y por el lapso comprendido entre el 7 de enero de 2010 y el 9 de julio de 2016, el cual fue terminado sin justa causa, por lo cual pretende el reconocimiento y pago de cesantías e intereses, vacaciones, primas legales, horas extras diurnas y nocturnas, devolución de sumas pagadas por la demandante por concepto de aportes a la seguridad social, indemnización por despido, indemnización moratoria, sanción moratoria por no consignación de cesantías, daños y perjuicios conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y la indexación sobre los rubros que proceda.

Como fundamentos fácticos de esas pretensiones manifestó que laboró para las demandadas desde el 7 de enero de 2010 hasta el 9 de julio de 2016, fue contratada por MONICA URIBE bajo cuyas órdenes estuvo hasta el 15 de marzo de 2013, quien determinó "*que los servicios serían prestados para las tres personas jurídicas y el establecimiento de comercio demandados*", para desarrollar de forma alterna actividades que comprendían desde la atención al público, llevar la contabilidad, labores de archivo y organización documental, manejo de dinero, entre otras. Sostuvo que a partir del 15 de marzo de 2013 prestó sus servicios bajo las órdenes de Ana Judith Quintero Sánchez, "en calidad de representante legal y propietaria del establecimiento de comercio demandado"; que desde el inicio recibió una remuneración correspondiente a $1'200.000 que no fue incrementada durante el tiempo de su vinculación, sostuvo que laboró cumpliendo un horario mínimo de 8 horas diarias pero muchas veces laboró tiempo extra; reiteró que no le fueron reconocidas los conceptos laborales que reclama en la demanda.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ANA JUDITH QUINTERO SÁNCHEZ dio contestación mediante escrito que obra a folios 72 a 90, como persona natural demandada en calidad de propietaria del establecimiento de comercio AUTO LAVADO MANTENIMIENTO Y LUBRICANTES DGH y como representante legal de la FUNDACIÓN PARA LA PROTECCIÓN Y DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS COMUNIDADES VULNERABLES PROSPERARTE y SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL LTDA. CORANDINA; se opuso a las pretensiones al negar la existencia del vínculo laboral con la actora y manifestar que existieron órdenes de prestación de servicios en

forma discontinua; señaló que a partir del 12 de enero de 2010 realizó actividades como contratista con un pago de $12'000.000 pagados mes vencido cada uno por la suma de $1'500.000 previo a la presentación de informes sobre su gestión; igualmente estuvo vinculada con las entidades codemandadas mediante respectivos contratos de prestación de servicios con el pago que se pactó en cada uno; y como se manifiesta en la misma demanda fue inicialmente vinculada por MONICA URIBE con quien desarrolló actividades hasta el 15 de marzo de 2013, sin que dicha señora haya tenido nunca la calidad de representante o propietaria de ninguna de las personas jurídicas demandadas. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes a los contratos de prestación de servicios, prescripción, inexistencia de la relación y carencia de causa.

La demandada CORPORACIÓN REDISTRIBUCIÓN CON EQUIDAD SOCIAL RED SOCIAL, estuvo representada por Curador Ad litem, quien dio contestación en los términos del escrito visible a folios 257 a 261.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 13 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

"PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante OSMELIA VIANEY CEBALLOS RODRIGUEZ a las demandadas FUNDACIÓN PARA LA PROTECCIÓN Y DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS COMUNIDADES VULNERABLES, SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL CORANDINA, COROPORACIÓN REDISTRIBUCIÓN CON EQUIDAD SOCIAL RED SOCIAL y ANA JUDITH QUINTERO SÁNCHEZ.
SEGUNDO: COMPULSAR COPIAS para que se investigue penalmente por fraude procesal a OSMELIA VIANEY CEBALLOS RODRIGUEZ y a su apoderada ALEJANDRA JANETH SALGUERO ABRIL con fundamento en el documento obrante a folio 416 del expediente.
TERCERO: CONDENAR a la parte demandante OSMELIA VIANEY CEBALLOS RODRIGUEZ en cuantía de medio SMLMV por concepto de costas y agencias en derecho.
CUARTO: Se concede el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante en caso de no ser apelada."

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la demandante recurrió la sentencia al considerar que quedó acreditada la existencia del vínculo laboral entre las partes, de acuerdo con los medios de prueba que relacionó en su apelación, concretamente el testimonio de

Mónica Uribe quien manifestó que la demandante cumplía funciones de asistente administrativo, así como de acompañamiento a docentes y coordinadores, que a partir del año 2012 cuando culminaron los convenios con las entidades la demandante continuó con una gestión documental a favor de la demandada Ana Judith Quintero, quien certificó esas labores, con lo cual argumenta que se puede colegir la existencia del contrato de trabajo; igualmente se refirió al testimonio de José Antonio Garzón Ríos quien manifestó "*que la veía en la caja y también la veía en el segundo piso..., y si bien es cierto que comete alguna equivocación en su apreciación no significa que no haya manifestado que existió esa labor a favor de la demandada establecimiento de comercio Auto Lavado Mantenimiento y Lubricantes DGH de propiedad de la señora Ana Judith; y si bien es cierto que la señora juez compulsa copias, es una certificación que salió de ellos y es importante si iba a compulsar copias debió esperar a que saliera ese tipo de sentencia penal para poder tomar la decisión porque es una certificación que de acuerdo con lo conversado con la demandante es una certificación que le dio la misma Ana Judith Quintero.*" Manifestó que al no contar la demandante con una profesión no podía ser vinculada mediante contratos de prestación de servicios porque para ello se requiere plena autonomía en el desarrollo de las labores, la que no podía tener una auxiliar administrativa, ni una persona que se dedica a prestar servicios en oficios tales como atender una caja, archivo, este tipo de labores no requiere esos conocimientos técnicos y por el contrario si demuestra la mala fe de la demandada. [1]

---

[1] RECURSO PARTE DEMANDANTE

"La señora juez considera que no quedó debidamente demostrada la relación laboral existente entre la demandante y la demandada, no cabe duda que mi mandante laboró al servicio de las demandadas pues la misma testigo de las demandadas señora Mónica Uribe de forma clara indicó que la demandante cumplía funciones de asistente administrativo, realizando labores de acompañamiento a docentes y coordinadores, que las funciones las desarrollaba en la sede de Prosperarte que a su vez debía realizar trabajos en campo porque eran proyectos que implicaban atención a la comunidad; posteriormente ratifica que ella siempre estaba acompañando al coordinador y a los docentes; también la testigo adujo de forma diáfana que a partir del 2012 fue cuando culminaron los convenios la señora Osmelia continuó con una gestión documental a favor de la señora Ana Judith Quintero, quien certifica la labor que ahora pretende negar la demandada, es decir la señora Osmelia le ayuda con la gestión documental para finiquitar el tema de los convenios y luego la reubica en el establecimiento de comercio Auto lavado Mantenimiento y Lubricantes DGH, sin que en ningún momento hubiese existido desvinculación alguna desde la misma fecha del mes de abril de 2010, así lo que claramente ocurrió de conformidad con lo que se puede colegir del material probatorio allegado al plenario, es que en efecto si existió la relación laboral, la misma Mónica ratifica que laboraba con los elementos que le suministraban las demandadas y que cumplía un horario. De igual manera se valora indebidamente el testimonio del señor José Antonio Garzón Ríos porque no le consta cuanto ganaba, pero si hay un hecho y es que él manifiesta que el laboró en esa entidad y que la veía en la caja y también la veía en el segundo piso, es decir de forma coetánea y si bien es cierto que comete alguna equivocación en su apreciación no significa que no haya manifestado que existió esa labor a favor de la demandada establecimiento de comercio Auto lavado Mantenimiento y Lubricantes DGH de propiedad de la señora Ana Judith; es más la misma demandada manifiesta que la demandante elaboró los contratos de vinculación del personal en el parqueadero de su propiedad con la contadora y reconoce que Osmelia si laboró a su servicio

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala examinará si en el presente asunto se acreditó o no la existencia del vínculo laboral entre las partes, y para resolver lo pertinente, se tiene que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*".

A su vez el artículo 23 de la referida norma, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990 agrega que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran 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

---

y así se lo certificó y si bien es cierto que la señora juez compulsa copias, es una certificación que salió de ellos y es importante si iba a compulsar copias debió esperar a que saliera ese tipo de sentencia penal para poder tomar la decisión porque es una certificación que de acuerdo con lo conversado con la demandante es una certificación que le dio la misma Ana Judith Quintero. Entonces es ahí donde se debe esclarecer ese tema y precisamente por lo mismo fue la demandante quien aportó con posterioridad ese documento porque lo encontró dentro de su archivo. Existe en el plenario la relación de correos electrónicos que si bien no se cumple con la ritualidad legal tampoco se pueden desvirtuar porque son precisamente emitidos por la señora Ana Judith a la demandante, así mismo acepta la demandada que la representó en el año 2015 en la liquidación de un contrato de Pandi, en su interrogatorio así lo manifiesta, entonces la pregunta es Luego no laboraba para ella?, si en el año 2015 la representa en un contrato es porque tenía algún tipo de capacidad de darle órdenes para que la misma la representara, es claro que en este caso la representante legal de las demandadas faltó a la verdad al indicar que mi mandante no laboró al servicio de ellas hasta el año 2016, sin embargo existe material probatorio suficiente que da cuenta de esa relación laboral existente para que los Honorables Magistrados en una revisión exhaustiva que se haga al mismo puedan determinar que en el presente caso pues se configuran los tres elementos del contrato de trabajo, subordinación, actividad personal y una retribución económica, sin embargo pese a la existencia de los tres elementos del contrato de trabajo no le cancelaron las prestaciones sociales como era el deber ser. De otra parte, pues con igual relevancia debe tener en cuenta la señora juez que mi mandante no ostentaba una profesión lo que desvirtúa la posibilidad de haber sido contratada bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios profesionales, este tipo de contratos está establecido para profesionales con unos conocimientos específicos que pueden ser contratados sin ningún tipo de subordinación por la calidad de sus conocimientos que no requieren que les indiquen como deben hacer su labor y que además gozan de plena autonomía en el desarrollo de sus labores, la que no podía tener una auxiliar administrativa, ni una persona que se dedica a prestar servicios en oficios tales como atender una caja, archivo, este tipo de labores no requiere esos conocimientos técnicos y por el contrario si demuestra es la mala fe de la demandada. Muchas gracias señora juez y con todo respeto solicito a los señores Magistrados se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda."

e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24 subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2°, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Se advierte que con la demanda solamente fue allegada como prueba documental 3 certificados de existencia y representación legal de las personas jurídicas demandadas, así como la matricula mercantil del establecimiento de comercio de propiedad de la persona natural demandada. (fls. 9-21)

Con la contestación de la demanda se incorporaron los siguientes medios probatorios (fls. 91-234, 238-244, 349-817):

- Orden de prestación de servicios con fecha de inicio del 12 de enero de 2010 y finalización el 11 de octubre de 2010, para realizar actividades de apoyo administrativo y contable a la Fundación Prosperarte, con el pago a la demandante de un valor total de $12'000.000.
- Orden de prestación de servicios con fecha de inicio del 23 de agosto de 2010 y finalización el 22 de febrero de 2011, para realizar actividades de apoyo técnico a la Fundación Prosperarte, con el pago a la demandante de un valor total de $4'500.000.
- Cuentas de cobro suscritas por la actora y comprobantes de egreso por valores mensuales de $1'500.000, $1'178.912, $600.000, $537.500, $100.000, $750.000, $250.000, $1'045.200, $700.000, $500.000, $537.000, $1'188.408
- Certificación expedida por el Revisor Fiscal y la Contadora de la FUNDACIÓN PROSPERARTE en la que indican que desde el mes de marzo de 2012, la

entidad no ha realizado ninguna actividad relacionada con su objeto social, ni realizado contratos con entidades públicas o privadas.

- Certificado de fecha 30 de julio de 2012 suscrito por la demandante frente a PROSPERARTE, en el que deja a paz y salvo a esa entidad por concepto de la gestión de apoyo técnico que realizó.
- Certificación expedida por la representante legal de PROSPERARTE el 25 de enero de 2013, sobre los servicios prestados por la demandante en los años 2010 y 2011.
- Certificación expedida el 23 de enero de 2013 por el representante legal de la CORPORACION RED SOCIAL REDISTRIBUCIÓN CON EQUIDAD, sobre los servicios prestados por la demandante en los años 2010 y 2011.
- Certificación expedida el 9 de julio de 2016, por la representante legal de la SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL CORANDINA LTDA., sobre servicios prestados por la demandante relacionados con entrega de bienes a título de compraventa, contratar la compra de materiales de aseo y papelería por los periodos comprendidos entre 9 de junio de 2009 y el 13 de septiembre de 2010.
- Certificación expedida el 9 de julio de 2016, por ANA JUDITH QUINTERO SANCHEZ como propietaria del establecimiento de comercio AUTOLAVADO MANTENIMIENTO Y LUBRICANTES, sobre servicios prestados por la demandante relacionados con asistencia administrativa, técnica, financiera y logística por el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2013 y el 9 de julio de 2016.

A folios 458 a 619 se incorporaron múltiples impresos de correos electrónicos remitidos por la demandante a varias personas entre muchos otros a Mónica Uribe, Ana Judith Quintero, Myriam Gil Beltrán, Iván Monroy Ramírez, Gustavo Narváez Celis, mediante los que se remiten archivos documentales correspondientes a cuentas de cobro, facturas, recibos, actas de liquidación de convenios de las diferentes entidades para las que prestó sus servicios la actora que corresponden a fechas entre el 9 de diciembre de 2011 y el 22 de febrero de 2016.

Se recibió el interrogatorio de parte a ANA JUDITH QUINTERO SÁNCHEZ, demandada como persona natural y así mismo en calidad de representante legal de dos de las personas jurídicas demandadas, quien manifestó haber conocido a la demandante cuando necesitó gestionar unos documentos que debía presentar ante la Contraloría Distrital, y posteriormente Mónica Uribe la contactó para vincularla

con la Fundación Prosperarte; sostuvo que igualmente prestó la actora servicios para Comercializadora Corandina, sin que estuviera sujeta a un horario porque realizaba las diferentes gestiones en forma discontinua, sin asistir en forma diaria a las diferentes sedes de esas entidades; Manifestó que se suscribieron con la demandante varios contratos de prestación de servicios, el primero de ellos en el año 2010 y se le pagaba lo pactado en cada una de esas contrataciones.

Rindió testimonio MONICA URIBE quien afirmó haber conocido a la demandante cuando realizó algunas actividades para la Oficina de Proyectos Distritales, cuando participó en una convocatoria en el año 2006; posteriormente prestó servicios para otros proyectos como el de adulto mayor, el de madres cabeza de familia, de artesanos, así mismo realizó actividades para población discapacitada; manifestó que tales proyectos se realizaron entre los años 2009 a 2012. Sostuvo que las actividades realizadas por la actora se circunscribieron a las condiciones de cada proyecto porque eran diferentes, ya que en algunos casos se incluían gestiones de campo en los diferentes sitios para los que eran destinados esos proyectos a los que asistía la demandante en compañía de los diferentes coordinadores. Manifestó no saber nada respecto de las actividades de la demandante con posterioridad al año 2012 porque la testigo hasta ese año tuvo vinculación con la entidad.

En la versión dada por el testigo JOSE ANTONIO GARZÓN RÍOS, dijo haber estado vinculado con la Fundación hasta julio o agosto de 2016, sostuvo que allí conoció a la demandante quien con posterioridad a su retiro continuó prestando servicios por varios meses más, pero dijo no constarle hasta que fecha, ni la razón por la cual dejó de prestar esos servicios, dijo no conocer tampoco los pagos que se le hacían a la actora.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

Las pruebas antes reseñadas, si bien dan cuenta de la prestación de servicios realizada por la demandante por medio de múltiples actividades, igualmente para diferentes personas jurídicas, así como para la persona natural codemandada, no permiten establecer el requisito que caracteriza el vínculo laboral, cual es el de la subordinación propia del contrato de trabajo, pues dada informan al respecto dichas probanzas.

Es necesario precisar que en la demanda se menciona que la deprecada vinculación laboral tuvo su inicio desde el 7 de enero de 2010 y no obstante en la certificación que obra a folios 414 y 415 se señala que esas actividades iniciaron desde el 9 de junio de 2009.

Los documentos antes reseñados no tienen la fuerza probatoria para generar tal convicción frente a la existencia del vínculo laboral entre las partes, pues no permiten evidenciar por si solos la subordinación en que se dice fueron prestados esos servicios por la actora y por el contrario se establece una autonomía e independencia en las gestiones que de manera simultánea prestó para las demandadas.

En cuanto a la reseñada certificación que obra a folio 416 del expediente que se dice fue expedida por la persona natural demandada, no desconoce la Sala el valor probatorio que la jurisprudencia le ha dado a ese tipo de documento, pero claro está su apreciación debe estar en consonancia con las demás pruebas que obran en el plenario, con miras a determinar si las mismas en conjunto afirman o por el contrario infirman el contenido de la respectiva certificación que se haya expedido. En tal sentido, la certificación por sí sola, no tiene la fuerza probatoria para generar la convicción que se requiere para establecer la existencia del vínculo laboral, pues además de no existir certeza sobre su autoría, toda vez que la parte demandante en ejercicio de la carga probatoria no solicitó a la parte demandante su reconocimiento; y se reitera que el conjunto probatorio no da certeza sobre los aspectos puntuales que se deben acreditar en el juicio para dar por demostrada la existencia del vínculo laboral, pues no se establecen a partir de los medios de prueba evacuados aspectos que necesariamente deben aparecer demostrados como son la forma en que la demandante prestó sus servicios, ni si en dichas actividades recibió órdenes o

directrices respecto de quienes demanda en calidad de empleadores, lo cual impide una plena adecuación de las condiciones necesarias para declarar el pretendido contrato de trabajo.

Ahora, frente a las fotocopias de los correos electrónicos, además de ser generales y no determinarse en ellos ninguna orden dirigida a la actora por ninguno de los demandados, se debe indicar que la validez y eficacia de los documentos emitidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos están ligadas a que su autenticidad, integridad y cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales estén debidamente garantizados. Así mismo en aquellos eventos en que el mensaje de datos se encuentre desprovisto de una firma digital, se debe realizar la diligencia de reconocimiento regulada por el artículo 185 del C.G.P., habida cuenta que se trata de un documento que no ha sido suscrito ni manuscrito por su autor y carece de un signo de individualidad que permita imputar autoría y, por ende, ejercer el derecho de contradicción a la persona que la parte que lo aporta señala como su creador.

Se debe reiterar que con relación a la carga de la prueba ha sido reiterado el criterio de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, por ser la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, y por ello es preciso que la misma se produzca para que la autoridad pueda calificarla.

Es claro que la parte actora no puede aspirar al reconocimiento del contrato laboral solamente con la presunción legal prevista en el art. 24 del C.S.T. subrogado por la Ley 50 de 1990, art. 2°, por cuanto la misma, puede ser desvirtuada con el acervo probatorio que legalmente se practica en el juicio ante el juez laboral, pero en todo caso, se debe partir de la existencia de un hecho probado, el del vínculo laboral para que en esa medida, cobre vigencia la aplicación de las presunciones, sobre la base de ese hecho conocido.

En este sentido se ha manifestado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así:

> *"La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. Su virtud*

consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual; pero si la única que está obligado a desplegar conlleva la negación de la subordinación, mal puede lograrse el reconocimiento de un contrato de trabajo. Todavía más: si la presunción resulta desvirtuada por cualquier otra probanza, así provenga ella del propio trabajador, el resultado desestimatorio será el mismo, pues una cosa es la ventaja probatoria que implica la presunción legal y otra muy distinta la definición de la litis por el mérito de las pruebas". (Ver entre otras, CSJ, Cas. Laboral, sent.abr. 9/65, Rev. D. del T. Nº 244-46, pág. 163.)

Acorde con lo anterior, es necesario recalcar que carece el expediente de probanza que permita establecer la existencia de un contrato de trabajo entre las partes en la forma pretendida en la demanda, y es que no basta afirmar la existencia del vínculo laboral, sino que se debe lograr su demostración, de conformidad con lo ya indicado en esta sentencia, lo cual permite reafirmar a la Sala la conclusión a la cual ha arribado en este caso, en cuanto a que en el mismo no alcanzaron demostración los hechos de la demanda, por lo tanto, no pueden deducirse las consecuencias que persigue la parte actora.

Al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate probatorio, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto la demandante estuvo ligada con las demandadas en virtud de un contrato de trabajo, situación que conduce a la decisión absolutoria que determinó el Juzgado en la sentencia recurrida, por lo cual será confirmada.

COSTAS

A cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $350.000, las que deberán liquidarse en la oportunidad procesal pertinente.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de febrero de 2020, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, se fija como agencias en derecho la suma de $350.000.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

INCLÚYASE en la liquidación de costas, como agencias en derecho a cargo de la parte demandante la suma de $350.000.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SANDRA PAOLA LARA WAGNER contra **INVERESPACIOS S.A.S.** y solidariamente contra **CARLOS ALFONSO VÁSQUEZ ESCUDERO, TATIANA ANDREA VELÁSQUEZ ESCUDERO y MARIA ROSAURA WAGNER DE LARA.**

RADICADO: 11001 3105 032 2017 00592 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó declarar la existencia de un contrato de trabajo por el tiempo comprendido entre el 28 de febrero de 2013 y el 11 de julio de 2017, durante el cual dice haber desempeñado el cargo de Representante Legal de la sociedad demandada con un salario mensual de $350.000 y con ese fundamentó reclama salarios causados durante toda la vinculación, cesantías e intereses, primas de servicios, vacaciones, sanción por no consignación oportuna de cesantías, indemnización moratoria, aportes a seguridad social y licencia de maternidad.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que fue vinculada laboralmente por los demandados para desempeñar el cargo de Representante

Legal de la sociedad demandada en el Proyecto Balcones San Doménico en la ciudad de Yopal, con un salario pactado de $3'500.000 mensuales, el cual dijo que nunca le fue pagado y solo le hicieron unos avances, sin que tampoco le reconocieran los conceptos laborales que reclama en la demanda, sostuvo que el contrato terminó por decisión de la parte demandada y sin que mediara justa causa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

INVERESPACIOS S.A.S., dio contestación por medio de apoderado judicial mediante escrito que obra a folios 55 a 75, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al negar la existencia del contrato de trabajo con la demandante, al manifestar que ella fue socia constituyente de la sociedad demandada con una participación inicial del 33.3%, para posteriormente adquirir la calidad de única accionista al adquirir el 100% de las acciones y le fue reconocida la calidad de propietaria con la titularidad de los derechos patrimoniales y morales sobre la sociedad, para posteriormente vender su participación a los demandados como socios y por ello a partir del 20 de febrero de 2013 se reconoció esa titularidad de derechos a la señora MARIA ROSAURA WAGNER madre de la demandante. Adujo que la actora realizó su gestión en la sociedad demandada de manera autónoma y sin ninguna subordinación respecto de los demandados. Propuso las excepciones de Inexistencia de la relación laboral e improcedencia de las condenas reclamadas.

El demandado CARLOS ALFONSO VELÁSQUEZ ESCUDERO dio contestación a través de apoderado, como consta a folios 188 a 216, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, negando la existencia de vínculo laboral con la actora quien tuvo la calidad de socia de persona jurídica demandada, y siempre su trato y relación fue en esa calidad nunca como trabajadora. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de relación laboral entre las partes, improcedencia de las condenas reclamadas.

Se tuvo por no contestada la demanda por la demandada MARÍA ROSAURA WAGNER DE LARA (FL. 232).

La demandada TATIANA ANDREA VELÁSQUEZ ESCUDERO, fue emplazada y estuvo representada por Curador Ad litem, quien dio contestación a la demanda. (fls. 234 a 237 y 238 a 244)

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la cual resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LA SOCIEDAD DEMANDADA Y LA DEMANDANTE conforme con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.
SEGUNDO: ABSOLVER a los demandados INVERESPACIOS S.A.S., CARLOS ALFONSO VELÁSQUEZ ESCUDERO, MARÍA ROSAURA WAGNER DE LARA y TATIANA ANDREA VELÁSQUEZ ESCUDERO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante SANDRA PAOLA LARA WAGNER.
TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante y favor de los demandados INVERESPACIOS S.A.S., CARLOS ALFONSO VELÁSQUEZ ESCUDERO, MARÍA ROSAURA WAGNER DE LARA. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 1 smlmv a favor de cada uno de ellos. SIN COSTAS respecto de la demandada TATIANA ANDREA VELÁSQUEZ ESCUDERO.
CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente adversa a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de Consulta."

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. Y S.S., en grado jurisdiccional de consulta, la Sala estudiará si hay lugar a acoger las pretensiones de la demandante en cuanto a declarar la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada.

En el presente caso, se solicita en la demanda declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes cuya vigencia establece la actora entre el 28 de febrero de 2013 y el 11 de julio de 2017, con base en ello se reclaman las condenas ya relacionadas en esta sentencia, la sociedad demandada por medio de su apoderado, así como las personas naturales demandadas fundaron su defensa en la inexistencia del vínculo laboral con el demandante; por ello para resolver lo pertinente, se debe considerar que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como

"*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*".

A su vez el artículo 23 de la referida norma, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990 agrega que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran 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 y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24 subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2º, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello, si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega, que al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

Se advierte que con la demanda solamente fue allegada como prueba documental, en fotocopia simple comprobantes de egreso por concepto de

"*ANTICIP HONORARIOS*" de fechas 30 de septiembre de 2016, por $1'370.000; 27 de marzo de 2017 por $1'400.000; 30 de junio de 2017 por $1'650.000. (fls. 20-23).

Comunicación de fecha 14 de agosto de 2017 suscrita por la demandante y dirigida a la Cámara de Comercio de esta ciudad, en la que refiere como asunto "ACTUALIZACIÓN RENUNCIA REPRESENTANTE LEGAL", desde el 11 de julio de 2017 y solicita se retire su nombre del Certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandada. (fl. 24)

Impresos de correos electrónicos de fechas 10 de julio de 2017, 11 de julio de 2017, 17 de julio de 2017 y 28 de julio de 2017 dirigidos por la demandante a la demandada Tatiana Velásquez, en los que manifiesta la actora: *"Igualmente si quieres no tengo problema presento mi renuncia. No tengo problema igual sigo vinculada como representante legal de mi mamá. Te pongo más fácil si quieres me das los 150 que mi mamá tiene ahí y ella cede esos derechos, no nos interesa ganar ni nada solo recuperar la plata…* Igual que la contabilidad, las Nit, las firmas de contador, el programa contable etc. son a costo mío y por ser la Representante Legal sino porque me interesa que el proyecto salga adelante como representante de mi mamá que es socia como lo sabes, y como propietaria del nombre y de la marca" (fls. 26-33)

Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, de fecha 17 de agosto de 2017 en el que figura la demandante como representante legal de la sociedad INVERESPACIOS S.A.S. (fls. 34-37)

Con la contestación de la demanda efectuada por el apoderado de la sociedad demandada se incorporaron los siguientes medios probatorios (fls. 69 a 179):
Acta de constitución de la sociedad demandada INVERESPACIOS S.A.S. de fecha 15 de julio de 2012, en la que figura la demandante como accionista.
Actas extraordinarias de accionistas de fechas 10 de noviembre de 2012, en la que se determina que la demandante expresó su interés en adquirir la totalidad de las acciones, solicitud que es votada de manera afirmativa; 20 de febrero de 2013, en la que la demandante ofrece la totalidad de las acciones de la sociedad demandada a las tres personas naturales demandados solidariamente en calidad de socios, ofrecimiento que es aceptado; 22 de abril

de 2013 relacionadas con la autorización de la demandante como representante legal de la sociedad demandada de comprar 2 terrenos en la ciudad de Yopal por $450'000.000; 27 de agosto de 2013 en la que se autoriza por los socios la celebración de un contrato fiduciario para la construcción del proyecto inmobiliario Balcones San Doménico; y de fechas 27 de mayo de 2014, 29 de agosto de 2014, 15 de enero de 2015 en las que se establecen condiciones y forma de realizar el referido proyecto.

Certificaciones expedidas por la demandante en calidad de Representante Legal de la sociedad demandada respecto de la calidad de socios de los codemandados.

Pagarés de fecha 30 de junio de 2014 en los que la actora como Representante Legal de la sociedad demandada se obliga a efectuar pagos a terceros, teniendo como deudor a INVERESPACIOS S.A.S.

En el interrogatorio de parte absuelto tanto por el ahora representante legal de la sociedad demandada CARLOS ALFONSO VELÁSQUEZ ESCUDERO, como por la socia demandada TATIANA ANDREA VELÁSQUEZ ESCUDERO reiteraron lo manifestado al dar contestación a la demanda en cuanto a la inexistencia del contrato laboral que aduce la demandante, toda vez que en la actividad que en su memento efectuó como Representante Legal de la sociedad demandada nunca estuvo bajo subordinación al contar con la misma calidad de socia que sus supuestos empleadores.

De la prueba testimonial rendida por ROCÍO ALVAREZ CIFUENTES, SAMUEL CRUZ CRUZ, NOHORA ESCUDERO y WILLIAM ALFONSO WAGNER, ninguna de esas declaraciones dan cuenta de la subordinación propia de un contrato de trabajo, pues refirieron los deponentes la actividad realizada por la demandante, como representante legal y ser quien dirigía la actividad en la sociedad demandada, pero no dieron cuenta sobre el ofrecimiento a la misma de ninguna suma por concepto de salario, es así como la testigo Roció Álvarez en su calidad de contadora de la sociedad demandada dijo no haber visto nunca un soporte de pago o documento en el que se determinara un salario a favor de la actora, dijo no saber cómo se le daban las órdenes, aunque sostuvo que tenía entendido que las recibía del representante legal o de los socios, sin tener en cuenta la testigo que la representante legal es la propia demandante;

en igual sentido se manifestó Samuel Cruz, quien igualmente realizó la función de la contabilidad en la sociedad demandada y afirmó no haber conocido documento alguno en que se pactara o se reconociera salario a la demandante.

Ahora, frente a las fotocopias de los correos electrónicos, además de ser generales y no determinarse en ellos ninguna orden dirigida a la actora por ninguno de los demandados, pues más bien dan cuenta de las decisiones que de manera autónoma tomaba la demandante en la sociedad demandada; igualmente se debe indicar que la validez y eficacia de los documentos emitidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos están ligadas a que su autenticidad, integridad y cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales estén debidamente garantizados. Así mismo en aquellos eventos en que el mensaje de datos se encuentre desprovisto de una firma digital, se debe realizar la diligencia de reconocimiento regulada por el artículo 185 del C.G.P., habida cuenta que se trata de un documento que no ha sido suscrito ni manuscrito por su autor y carece de un signo de individualidad que permita imputar autoría y, por ende, ejercer el derecho de contradicción a la persona que la parte que lo aporta señala como su creador.

En consideración a la calidad de madre de la demandante que tiene la demandada MARÍA ROSAURA WAGNER DE LARA, es evidente que uno de los objetivos de la familia es la ayuda mutua entre sus miembros que se ejerce no solamente porque la fuerza de trabajo que se presta desinteresadamente dado el vínculo afectivo que los pueda unir, sino porque esa fuerza laboral que contribuye al fortalecimiento del núcleo familiar donde cada uno se interrelaciona en tareas conjuntas para el fortalecimiento de la economía familiar, además, la subordinación podría estar amalgamada con la obediencia o sometimiento que en la relación madre e hija llegue a surgir, sin que la misma pueda confundirse con la sujeción contractual que va intrínsecamente ligada al contrato de trabajo. Ahora es claro, que si esa subordinación se llega a presentar por fuera del marco de la relación familiar y dentro de una actividad comercial, lucrativa para quien es propietario de esa explotación económica, es lógico que la subordinación corresponde a la que es propia de la relación laboral en el marco de un contrato de trabajo; pero se reitera que en este caso ningún tipo de subordinación se acreditó.

Acorde con lo mencionado, en el presente asunto nos encontramos ante un caso en el cual la demandante alega la existencia de un contrato de trabajo, por lo tanto, y si las normas citadas en esta sentencia describen una presunción legal, es necesario ejercer una adecuada crítica probatoria sobre los elementos de juicio que obran en el plenario que permita determinar si existe la suficiente fuerza de convicción para desarticular el hecho presumido.

En tal sentido, la parte actora no puede aspirar al reconocimiento de un contrato laboral, solamente con la presunción legal prevista en el art. 24 del C.S.T. subrogado por la Ley 50 de 1990, art. 2°, por cuanto la misma, puede ser desvirtuada con el acervo probatorio que legalmente se practica en el juicio ante el juez laboral, pero en todo caso, se debe partir de la existencia de un hecho probado, el del vínculo laboral, su remuneración o salario y sus extremos temporales, para que en esa medida, cobre vigencia la aplicación de las presunciones, sobre la base de ese hecho conocido.

En este sentido se ha manifestado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así:

> *"La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual; pero si la única que está obligado a desplegar conlleva la negación de la subordinación, mal puede lograrse el reconocimiento de un contrato de trabajo. Todavía más: si la presunción resulta desvirtuada por cualquier otra probanza, así provenga ella del propio trabajador, el resultado desestimatorio será el mismo, pues una cosa es la ventaja probatoria que implica la presunción legal y otra muy distinta la definición de la litis por el mérito de las pruebas". (Ver entre otras, CSJ, Cas. Laboral, sent.abr. 9/65, Rev. D. del T. Nº 244-46, pág. 163.)*

Acorde con lo anterior, en este caso no encuentra la Sala prueba suficiente para llegar a la convicción sobre la real vinculación laboral entre las partes, pues al contrario de lo demostrado en el juicio, surge con meridiana claridad que la demandante realizó la actividad de representante legal de la sociedad demandada, así mismo que figuró como socia de la misma, sin que en esa vinculación se acredite en momento alguno la existencia de un contrato de trabajo.

Al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron a lo largo del proceso, se

observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto la demandante estuvo ligada con la parte demandada en virtud a un contrato de trabajo.

Por las razones expuestas, la sentencia consultada será confirmada.

COSTAS sin lugar a ellas en este grado de consulta.

.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de julio de 2020, conforme se expuso en las motivaciones.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este Grado Jurisdiccional de Consulta.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALVARO DE JESUS GIRALDO GIRALDO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 035 2019 00309 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de mayo de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos de conclusión presentados por la apoderada de COLPENSIONES en el cual reiteró los argumentos del recurso de apelación en cuanto a manifestar que el demandante no acreditó los requisitos de ley para acceder al derecho pensional reclamado, al encontrarse en el expediente administrativo que solo convivió 4 años y 7 meses anteriores al fallecimiento de la causante, sin cumplir con el tiempo de convivencia requerido legalmente.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañera permanente GLORIA ORFA LUNA GALLEGO, quien falleció el 17 de agosto de 2016, junto con los intereses moratorios, indexación y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de esas pretensiones manifestó que convivió con la causante desde el 4 de febrero de 1994 hasta el día de su fallecimiento ocurrido el 17 de agosto de 2016, es decir por más de 21 años de manera ininterrumpida, haciendo vida en común y brindándose mutuo apoyo; informó que su compañera era beneficiaria de una pensión de invalidez reconocida por la entidad demandada desde el año 2011. Informó que ocurrido el deceso de la pensionada reclamó ante Colpensiones la sustitución pensional, pero le fue negada mediante acto administrativo expedido el 28 de octubre de 2016, con el argumento de no haber convivido durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación mediante escrito incorporado a folios 44 a 49 del expediente en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al manifestar que carecen de soporte fáctico y jurídico, porque el demandante no acreditó los requisitos legales para acceder al derecho pensional en cuanto al tiempo de convivencia. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., con sentencia del 20 de mayo de 2020, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES, a sustituir el 100% de la pensión reconocida a la señora Gloria Orfa Luna Gallego al señor ALVARO DE JESUS GIRALDO GIRALDO, a partir del 18 de agosto de 2016, pensión que deberá pagarse junto con las mesadas adicionales e incrementos legales a que haya lugar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1.993, de las mesadas ordenadas en el numeral anterior a partir del 12 de noviembre de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.
TERCERO: CONDENAR a la DEMANDADA al pago de las costas, incluyendo en ellas la suma fijada como agencias en derecho correspondiente a $1.000.000. Tásense.
CUARTO: En caso de no ser apelada la presente sentencia CONSULTESE con el superior."

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA

La apoderada de COLPENSIONES recurrió la sentencia de primera instancia para solicitar que se revoque en su integridad y fundamentó su inconformidad en que en el expediente administrativo reposa la información que permite establecer que el demandante no cuenta con el derecho para acceder a la prestación que reclama al no acreditar el tiempo mínimo de convivencia exigido legalmente, toda vez que solo vivió con la causante por espacio de 4 años y 7 meses anteriores a su fallecimiento, desde el 3 de enero de 2012 hasta el 17 de agosto de 2016. Sostuvo que no se acreditó prueba para demostrar convivencia por un tiempo superior, salvo unas fotografías para sostener que vivió con ella por espacio de 21 años; dijo la recurrente que en la audiencia de interrogatorio de parte el demandante dijo haber vivido en un solo sitio y en el expediente administrativo sostuvo que convivió en 3 sitios, pero no recordó las direcciones en las que dijo haber convivido con la pensionada. Aduce la apoderada que se le debe dar mayor valor probatorio a la investigación administrativa realizada por la entidad y no al interrogatorio que en el Juzgado absolvió el actor, ni a la prueba testimonial recaudada en el juicio, que fueron el sustento de la decisión del a quo, al reiterar que se debe tener en cuenta la investigación administrativa.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en lo previsto en los artículos 66 A y 69 del C.P.T. y S.S. –grado jurisdiccional de consulta, la Sala estudiará los aspectos que fueron expuestos por la apelante, para determinar si el actor es el beneficiario de la pensión de sobreviviente, con ocasión de la muerte de la pensionada GLORIA ORFA LUNA GALLEGO.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia SL16322-2014, radicación No. 43184 del 26 de noviembre de 2014, al señalar que *"La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en*

la Ley.", y que por regla general, *"la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral."*

En este asunto no existe controversia frente a la calidad de pensionada que tuvo la señora GLORA ORFA LUNA GALLEGO, a quien la entidad demandada le reconoció pensión de invalidez por medio de la Resolución N° 131103 del 13 de diciembre de 2011 a partir del 2 de agosto de 2011 co una mesada pensional inicial en cuantía de $536.600 (fl. 27); tampoco existe discusión en cuanto a que falleció el 17 de agosto de 2016 (fl. 14), por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece:

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

Establecida la existencia del derecho pensional que dejó causado la pensionada fallecida, se debe determinar si el demandante en calidad de compañero permanente es su beneficiario.

Ahora bien, los compañeros permanentes han sido poco a poco objeto de prerrogativas legislativas en las cuales se les ha equiparado su derecho a

ser beneficiarios de la susodicha sustitución pensional cuando se presentaren los requisitos de ley evento en el cual pueden adquirir el derecho por excepción y no por regla; hechos estos que se demostrarán con los respectivos medios probatorios que la ley procesal consagra.

La normatividad citada regula este aspecto bien sea en el régimen de prima media con prestación definida, que consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, o en el de ahorro individual con solidaridad a que se refiere el artículo 74 de la misma norma, encontrándose el requisito de la convivencia común expresamente consagrado en cualquiera de los regímenes pensionales mencionados; siendo el vínculo familiar y la permanencia del mismo los aspectos relevantes a tener en cuenta para definir a quien le asiste el derecho reclamado. Así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral H. Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades siendo procedente citar en lo pertinente uno de esos pronunciamientos, en lo pertinente:

> "…*El designio indeclinable de la seguridad social es procurar mejor calidad de vida para el hombre. Por ello su preocupación constante es proteger a las personas frente a las contingencias que la menoscaban, a fin de evitar que se coloquen en situación que no se compadezca con la dignidad de un ser humano, de conformidad con los parámetros que para el efecto establecen la Constitución Política y la ley.*
> *A no dudarlo, esa filosofía - de un gran contenido social y humano- permea todas las instituciones de la seguridad social. Precisamente, con ocasión de la muerte de un afiliado o pensionado, el sistema de seguridad social consagra la pensión de sobrevivientes con el evidente propósito de amparar a las personas a quienes dicha contingencia afecta directamente, esto es, el núcleo familiar.*
> *La Constitución Política de Colombia de 1991 dio un enfoque esencialmente distinto al concepto de familia, de suerte que merece la misma protección del Estado la procedente de un vínculo jurídico y la que ha tenido origen en lazos naturales.*
> *Se sigue de esta nueva perspectiva constitucional que el Estado debe brindar amparo a la familia, con total prescindencia de si ésta tuvo su fuente en lazos jurídicos matrimoniales o en la decisión libre y responsable de un hombre y de una mujer de iniciar una convivencia, con vocación de estabilidad y duración, animados del propósito de conformar una unidad familiar, tal como la misma recurrente lo admite sin ambages.*
> *Dentro de ese nuevo esquema constitucional de la familia, la efectiva y real vida de pareja -anclada en lazos de afecto y fraguada en el crisol de la solidaridad, de la colaboración y del apoyo mutuos- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado, se constituye en el criterio que ha de*

apreciarse cuando el juzgador se aplique a la tarea de definir la persona con vocación legítima para disfrutar de la pensión de sobrevivientes, a raíz de la muerte de su consorte o compañero."

En este caso se recaudaron las pruebas que obran en el plenario y que corresponden a las declaraciones vertidas por los testigos citados por la parte actora.

JENY ORTIZ MALDONADO manifestó que conoce al demandante desde el año 2008 por medio de un amigo John Darío Benavidez quien la llevó a la casa donde vivían el señor Álvaro Giraldo y la señora Orfa quien ya falleció; vivían en una casa en el barrio Ciudad Berna cerca del Restrepo allí vivían don Ávaro, doña Orfa y su hijo John Darío Luna, a veces iba a la casa la señora Diana Luna hermana de la señora Orfa; informó que la casa era de tres habitaciones. Dijo saber que en agosto de 2016 falleció la señora Orfa quien padecía de cáncer; dijo que don Álvaro era el responsable de ese hogar y trabajaba como mercaderista por lo cual viajaba de manera constante a la ciudad de Medellín; ellos no tuvieron hijo, pero John Darío convivió y se crio con don Álvaro, pero él es hijo solo de doña Orfa. Don Álvaro tenía 2 hijos que viven en Bogotá, pero en otras casas; sostuvo que siempre convivieron y nunca se separaron la pareja conformada por don Álvaro y doña Orfa, dijo que iba a la casa de ellos dos o tres veces al mes, que compartían la misma cama; dijo que la señor Orfa falleció en Villavicencio a donde viajaba por ser tierra caliente y le beneficiaba para su salud, allá se quedaban en la casa de la señora Diana hermana de doña Orfa a esos viajes por lo general la acompañaba don Álvaro o John su hijo, por estar enferma de artritis no podía viajar sola y se desplazaba a esa ciudad por recomendación. Dijo siempre haberlos visto como una pareja que se quería y se respetaban muchos, había besos abrazos.

JOHN DARIO BENAVIDEZ LUNA, dijo ser hijo de la pensionada fallecida señora GLORIA ORFA LUNA, e identificó al demandante como su padrastro a quien conoce de toda la vida porque desde que tiene uso de razón lo recuerda y ha convivido con él y con su señora madre cuando estuvo en vida, dijo aun convivir con el señor ALVARO GIRALDO y una prima de nombre Alejandra con quien comparten el arriendo. Dijo que el señor Álvaro tiene 2 hijos Fabián y Alexandra. Informó que nació en 1990 y que lo recuerda siempre como su papá porque él convivía con su señora madre

desde 1994. Informó que la señora ORFA se dedicaba a oficios o labores de aseo en casas de familia y don ALVARO es comerciante y vendía productos como juguetes, electrodomésticos por lo general debido a esa actividad iba dos o tres veces al mes a Medellín. Narró que su señora madre ORFA padecía de artritis y le fue recomendado desplazarse a tierra caliente y como tenía en Villavicencio a una hermana de ella se iba para allá, dijo que esa enfermedad se la detectaron diez años antes de fallecer y tres años antes de su muerte fue que comenzó a viajar a esa ciudad para recuperarse un poco. Sostuvo que su padrastro el señor ALVARO era quien por lo general la llevaba a Villavicencio o a veces lo hacía el testigo. Manifestó que la pareja conformada por don ALVARO y la señora ORFA nunca se separaron, siempre los vio unidos. Sostuvo que uno de esos viajes fue cuando murió la señora ORFA y por eso tuvieron que desplazarse el testigo y su padrastro a esa ciudad para diligenciar todo lo relacionado con el sepelio.

A partir de los referidos medios de prueba, su análisis en conjunto y crítico permiten a la Sala concluir que, el demandante mantuvo vigente su unión con la pensionada desde 1994 y hasta el momento de su fallecimiento ocurrido en el año 2016, es decir por un lapso muy superior a 5 años, para ser beneficiario de la prestación que reclama por lo cual se deberá confirmar en este aspecto la sentencia recurrida.

En cuanto a los intereses moratorios que igualmente fueron objeto de condena, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, regula lo relacionado al pago de intereses por mora por el reconocimiento tardío de las mesadas pensionales y tal como lo refiere la norma en cita, el pago de intereses moratorios está concebido para la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que cuando existe incumplimiento de la entidad pagadora en el pago de una pensión a la que legalmente se tiene derecho y se niega hacerlo, o no la reconoce en la forma a la que se tiene derecho, hay lugar al pago de los intereses moratorios solicitados. Resulta evidente que esta disposición es aplicable al caso objeto de análisis toda vez que la solicitud pensional fue elevada por el actor desde el 12 de septiembre de 2016 y la entidad contaba con 2 meses para resolver lo solicitado en los términos de la Ley 797 de 2003, por ello a partir del 12 de noviembre de 2016 se deben reconocer dichos intereses, como lo dispuso el a quo en la sentencia objeto

de recurso; por lo cual resulta evidente que la entidad de seguridad social demandada, si incurrió en mora frente al reconocimiento del derecho pensional al demandante por concepto de su pensión de sobrevivientes; en efecto, es de elemental entendimiento que el deudor de una obligación se encuentra en mora, cuando no ha cumplido la misma dentro del término estipulado, más aún si se considera que la obligación se deriva del Régimen de Seguridad Social en pensiones, donde la exigibilidad del derecho se encuentra determinada por la ley.

Por lo considerado se confirmará la sentencia recurrida.

Costas. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de mayo de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN RAFAEL LLANO CARDONA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (SKANDIA S.A.)**

RADICADO: 11001 3105 036 2018 00700 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por SKANDIA S.A (OLD MUTUAL S.A.) y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de julio de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos de conclusión, en los que la apoderada de COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia con los mismos argumentos expuestos al interponer el recurso.

A su vez la apoderada del demandante solicitó confirmar la sentencia proferida por el Juzgado al considerarla ajustada en su análisis factico y jurídico.

I. ANTECEDENTES

JUAN RAFAEL LLANO CARDONA, pretendió que fuera declarada la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS inicialmente a través de COLFONDOS S.A. el 1º de diciembre de 1997, posteriormente a OLD

MUTUAL S.A., y que ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado junto con sus rendimientos y gastos de administración y a esa entidad activar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Sustentó sus pretensiones, en que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones ante el Seguro Social desde el 1º de abril de 1994, entidad en la que estuvo vinculado hasta el 1º de diciembre de 1997 fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., sin que para ello se le hubiera brindado por ese Fondo nada respecto de las implicaciones frente a su derecho pensional en ese régimen, como tampoco se hizo cuando se cambió a Old Mutual S.A. el 1º de abril de 2014; sostuvo que solicitó su traslado a Colpensiones pero esa entidad lo negó mediante acto administrativo de fecha 13 de septiembre de 2018.

Como fundamento normativo citó entre otros los artículos 20, 48 y 78 de la Constitución Nacional, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, Ley 1328 de 2009, Ley 1753 de 2015, Decretos 656 y 720 de 1994 y las sentencias 33083 de 2011, 31989 de 2008 y 46292 de 2014 proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OLD MUTUAL S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 101 a 114, mediante escrito en el cual manifestó la inexistencia de causales de nulidad en el traslado de régimen que efectuó el demandante al no allegar prueba sumaria que las sustente, sin que el error de derecho produzca vicios del consentimiento; afirmó que el deber de información como obligación de las AFP, en la forma enunciada en la jurisprudencia fue regulado en fechas posteriores a la del traslado, por lo cual no se puede aplicar la inversión en la carga de la prueba, así mismo dijo que el traslado solicitado no cumple con los requisitos legales. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A., para dar contestación a la demanda allegó el escrito que obra a folios 162 a 183, en el que sostuvo que ese Fondo brindó información de manera clara, concisa, pertinente y comprensible al demandante respecto de todos y cada uno de los aspectos propios del RAIS, así como de las condiciones en que se reconocería su pensión por cual manifestó que no tiene fundamento lo pretendido en la demanda. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y la genérica.

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 194 a 222, en el que se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que no existe prueba alguna respecto al engaño que dice haber sufrido por parte de los asesores de los Fondos demandados; así mismo dijo que se debe considerar la afectación a la sostenibilidad del Sistema que se puede generar de ser concedido el traslado pretendido. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de julio de 2020 el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor JUAN RAFAEL LLANO CARDONA el 1º de diciembre de 1997, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, sin que le sea*

posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A. Liquídense, con la suma de $900.000 a título de agencias en derecho, distribuidas a prorrata.

QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., esto es, en favor de COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión manifestó que la H. Corte Suprema de Justicia unificó sus decisiones frente al tema del traslado y se determinó que las AFP tenían el deber de informar a los afiliados de manera clara y suficiente las consecuencias de ese cambio de régimen y cuando en los procesos no se acredita por los Fondos demandados que se suministró en debida forma esa información hay lugar a declarar la ineficacia de ese acto; relacionó las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral para señalar que al constituir un criterio reiterado debe ser tenido en cuenta para no vulnerar el principio de igualdad frente a quienes pretenden retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que haya lugar a que el afiliado sea o no beneficiario del régimen de transición, ni que demuestre tener un derecho pensional adquirido. Sostuvo que al no ser demostrado por parte de los Fondos demandados el suministro de esa información había lugar a acoger las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSOS DE APELACION

La apoderada de COLPENSIONES solicitó revocar la sentencia de primera instancia con sustentó en que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia debe ser aplicada respecto de cada caso en forma particular y no general, sostuvo que en este caso se debe tener en cuenta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legitima de pensionarse con esa entidad, ni riesgo de perder el régimen de transición por lo cual los casos citados no son análogos a este; además de haber quedado acreditado en el juicio que

recibió la información necesaria para que el actor adoptara esa decisión. Se refirió a la sostenibilidad del sistema que resulta afectada con la orden de traslado. Y sostuvo que debe aplicarse la prescripción respecto del acto jurídico de traslado.

La apoderada de SKANDIA S.A. (OLD MUTUAL S.A.) dijo recurrir la decisión solamente en lo que respecta a la orden de devolver los gastos de administración, al no evidenciarse ningún perjuicio que se le pueda ocasionar a COLPENSIONES teniendo en cuenta que la naturaleza de esos gastos no está direccionada a financiar la pensión de vejez del demandante, sino para retribuir los gastos que se causen en el ejercicio de administración de la cuenta individual en lo cual no ha participado esa entidad y se estaría generando un enriquecimiento sin causa para la misma. En igual sentido la devolución de las primas tampoco es procedente porque el beneficio de la cobertura ya se dio durante la vinculación que existió al Fondo privado. Dijo que no existe congruencia entre las referidas condenas y lo pretendido en la demanda.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso 11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

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

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

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó: Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

[…].

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, se evidencia del documento visible a folio 115, que el demandante se vinculó al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A., a partir del 1º de diciembre de 1997, que con posterioridad se cambió a OLD MUTUAL S.A. (SKANDIA S.A.) -9 de mayo de 2015- (fl. 117).

En el interrogatorio de parte absuelto por el demandante manifestó que se afilió inicialmente a Colfondos cuando estaba laborando en Chevron y llegaron a su lugar de trabajo 2 representantes de ese Fondo y en 10 minutos le dijeron que el Seguro Social se acababa y que por eso le beneficiaba cambiarse al Fondo privado, pero sin darle mayor información

sobre las condiciones de ese traslado; manifestó que posteriormente en el año 2015 se afilió al Fondo Skandia, cuando se vinculó a una nueva empresa y fue por disposición de ese empleador que se afilió a ese Fondo porque "*eso fue firmando el contrato y firmando el formulario, sin ninguna información concreta*".

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de julio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARGARITA MARÍA RODRIGUEZ MUNERA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 037 2018 00453 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de septiembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos, en primer lugar del apoderado de PORVENIR S.A., quien dijo no asistirle razón al fallador de primera instancia por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento en el cambio de régimen pensional de la demandante lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz, con ese fundamento solicitó revocar la sentencia recurrida.

A su vez la apoderada de COLPENSIONES, manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse, según las normas y jurisprudencia que citó al considerarlas ajustadas al asunto;

sostuvo que no debe desconocerse que el vínculo generado a partir de la vinculación de la actora al Fondo privado genera obligaciones por ser eficaz.

El apoderado de la demandante en su escrito de alegatos reiteró que en este caso se incumplió el deber legal de entregar a la afiliada información adecuada, clara y suficiente y al no haberse demostrado lo contrario en el juicio la sentencia se encuentra ajustada a esa situación por lo cual solicita su confirmación.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare nulo o ineficaz el traslado efectuado a PORVENIR S.A. el 19 de abril de 1994 por falta de información sobre las condiciones de su pensión en el RAIS, ni de las desventajas que conllevaba ese trámite, por haberse limitado el asesor a decirle que no se iba a poder pensionar porque el Instituto de Seguros Sociales se acababa; solicita se trasladen a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó en la AFP demandada.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el 18 de marzo de 1985 cuando inició su actividad laboral se vinculó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el que estuvo hasta el 19 de abril de 1994, cuando afirma que fue inducida por asesores del Fondo demandado a efectuar su traslado al Régimen de Ahorro Individual sin que le hubieran indicado los eventuales riesgos de esa afiliación, por lo cual el 11 de septiembre de 2017 solicitó la invalidación de esa afiliación al RAIS, la cual fue negada.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 e hizo referencia a las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011, 31989 de 2008 y 31314 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, para dar contestación allegó el escrito visible a folios 102 a 113 en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al manifestar que la afiliación de la actora al RAIS goza de plena validez por

no existir error, fuerza o dolo en ese trámite. Propuso las excepciones que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A., contestó con el escrito que obra a folios 122 a 130 en el cual fundamentó su posición a las pretensiones en que el traslado de la demandante no se hizo en oposición a una prohibición legal, pues por el contrario se cumplieron todos los preceptos legales vigentes para ese momento con lo cual se perfeccionó dicho actor jurídico. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Por auto del 23 de mayo de 2019 el Juzgado ordenó vincular a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (antes COLMENA S.A.) (fls. 162-163), entidad que dio contestación como consta a folios 176 a 182, mediante escrito en el que se opuso a lo pretendido al manifestar que ese Fondo siempre ha brindado una capacitación completa y adecuada a sus asesores comerciales; respecto del traslado de la afiliada dijo existe en su caso la restricción legal por encontrarse a menos de diez años para alcanzar la edad necesaria para acceder al derecho pensional. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con Colmena hoy Protección, buena fe, prescripción, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que efectuó la demandante señora MARÍA MARGARITA MARÍA RODRIGUEZ MUNERA del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA HOY PROTECCIÓN S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 19 de abril de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva, y*

en consecuencia establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuneta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros e igualmente costos cobrados por administración de conformidad con la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARGARITA MARIA RODRIGUEZ MUNERA y ACEPTAR los valores que remita la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. en los términos expuestos en el numeral segundo de la decisión.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.
QUINTO: SIN COSTAS
SEXTO: Se ordena remitir el proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión."

Como fundamento de su decisión, señaló que resulta necesario dar aplicación a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, hizo referencia a las sentencias que al respecto se han expedido y en las que se determinó que el afiliado debe tener un previo conocimiento suficiente sobre las condiciones del traslado que está por efectuar y ese deber legal de información le corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones y en ese orden de ideas deben estos por inversión de la carga de la prueba demostrar que brindaron esa información en la forma requerida y que al no quedar demostrado en este caso da lugar a acoger las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSOS DE APELACION

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia el cual sustentó en que al no estar presente ese Fondo en el acto de traslado inicial se le está endilgando toda la afectación con la condena, sin que a la parte actora se le hubiera exigido también la carga probatoria que le incumbía, debiendo tenerse válido el formulario suscrito

para concretar el traslado, sin que tuviera relevancia que se hubiera indicado en el mismo que la demandante era beneficiaria del régimen de transición porque el traslado de régimen ya lo había realizado con un anterior Fondo; sostuvo que en este caso se cumplió con el deber legal existente en su momento frente a la información contenida en ese formulario, sin que sea determinante para adoptar la decisión el que la pensión que le pueda corresponder a la afiliada presente diferencias en uno y otro régimen.

La apoderada de COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia al considerar que de mantenerse la orden de traslado se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, teniendo en cuenta que la demandante ya cuenta con 57 años de edad y no estuvo aportando al régimen que administra esta entidad. Sostuvo que el traslado efectuado desde el año 1994 es completamente válido y la inconformidad de la afiliada solo radica en el monto de su mesada pensional, lo cual no es óbice para invalidar el traslado que hizo al RAIS.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso 11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.
La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.
Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:
Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado."*

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener

una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, tenemos que el 19 de abril de 1994, la demandante suscribió formulario de afiliación a Colmena S.A. hoy Protección S.A., documento que obra a folio 184 del plenario.

En el interrogatorio de parte absuelto por la demandante sostuvo que se le brindó una información muy escasa y de manera rápida al manifestarle el asesor en una reunión que solo duró unos minutos que se pensionaría más joven, tendría mejor disponibilidad del dinero ahorrado en su cuenta individual y que el Seguro Social iba a desaparecer con el consecuente riesgo para su derecho pensional, sin que nada le fuera informado sobre las condiciones de su pensión en ese régimen nuevo al que se estaba trasladando.

Así las cosas, pese a que obra el formulario inicial de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARÍA PATRICIA GUERRERO PARDO contra **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 039 2016 00198 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de junio de 2020.

En esta instancia el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A., allegó escrito para alegar de conclusión en el cual solicitó confirmar en su integridad la sentencia recurrida, para ello historió la actuación surtida y reiteró que en este caso existen 3 dictámenes que coinciden en que la demandante no ha superado el 50% de pérdida de capacidad laboral, afirmó que estos se ajustan a las disposiciones legales e interpretaciones jurisprudenciales que existen al respecto.

I. ANTECEDENTES

Pretende se revoque la Resolución de fecha 9 de diciembre de 2015 proferida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que decidió el recurso de apelación contra el Dictamen 51728623-2885, que modificó la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de la demandante en 35.05%; en consecuencia, solicita se deje en firme la calificación efectuada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que la calificó en un 51.17%.

Como fundamentos fácticos manifestó la demandante que por quebrantos de salud el 11 de septiembre de 2010, se tuvo que retirar de su actividad laboral debido a enfermedad degenerativa lumbar y hernia de disco, por lo cual fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en 51.17% mediante dictamen del 20 de abril de 2015, decisión que fue recurrida por la AFP Protección S.A. y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al resolver el recurso el 9 de diciembre de 2015 la modificó para fijarla en un 35.05%.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en su defensa sostuvo que la decisión emitida respecto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la demandante corresponde a la realidad clínica y personal de la paciente al momento de su calificación teniendo en cuenta los criterios técnicos y legales establecidos en el Decreto 917 de 1999 que corresponde al Manual Único de Calificación; indicó que en la calificación dada por la Junta Regional se incurrió en error al sobrevalorar en forma injustificada y sin soporte científico la real condición de la paciente al no existir en esa calificación una verificación de la historia clínica lo que condujo a que fuera revocada. Propuso las excepciones de mérito de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional, variación en la condición clínica de la paciente con posterioridad al dictamen proferida por la Junta Nacional

que exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia del petitum por inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, inexistencia de la obligación, buena fe de la demandada y la genérica. (fls. 67-89)

PROTECCIÓN S.A., manifestó que las pretensiones están encaminadas únicamente contra la Junta codemandada que, sin embargo, no existe razón jurídica que permita dejar sin efecto el dictamen en cuanto a la fecha de estructuración de la invalidez porque para establecerlo se tuvieron en cuenta los parámetros legales. Propuso las excepciones de fondo de ausencia de presupuesto para acceder a pensión de invalidez, inexistencia de la obligación de ese Fondo y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 11 de junio de 2020, el Juzgado profirió sentencia mediante la cual resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR probadas las excepciones de INEXIXTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, LEGALIDAD DE LA CALIFICACIÓN EMITIDA POR LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ alegadas por la demandada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.
SEGUNDO: ABSOLVER a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.
TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante, inclúyase en la respectiva liquidación la suma de $400.000.
QUINTO: Consúltese esta decisión con el Superior, por resultar adversa a la demandante."

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Como fundamento de su inconformidad contra esa decisión, el apoderado de la parte actora al sustentar su recurso de apelación manifestó que la Junta Nacional de Calificación no tuvo las personas competentes para efectuar la evaluación integral de la demandante, señaló que en este caso no se hizo la prueba observando esos parámetros de independencia y autonomía que deben tener los profesionales que realizan esos dictámenes; dijo que "*si bien es cierto esos dictámenes son de la libre apreciación por parte del juez no es menos cierto que nos manifestó el perito, el Doctor Buendía que se hacía*

necesario ya la pensión por parte de esta señora, toda vez que las personas jurídicas encargadas como Sanitas, ARL Sura en ningún momento hicieron todo lo legal para que esta persona se incorporara a su vida laboral. Frente a los exámenes practicados, cuando se le preguntó al perito son el cumulo de pruebas que van a decir si la persona está en la capacidad de trabajar o de no trabajar, y conforme a la fecha de la operación en el año 2011 y las terapias y posteriormente el resultado de la evaluación en el año 2014 se tiene en cuenta que la Junta regional hizo un verdadero estudio de la situación de mi poderdante y por eso se llegó a esa calificación, no es menos cierto que dicha calificación da la totalidad de la incapacidad, pero al desvirtuar la calificación la Junta Nacional echó por de menos las valoraciones por parte de la Clínica del Dolor e igualmente no las tuvo en cuenta, por lo cual solicito se revoque la sentencia."

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., se resolverá el recurso interpuesto por la parte demandante para determinar si hay lugar a acoger sus pretensiones.

Está debidamente demostrado que mediante dictamen 51728623 practicado a la demandante el 20 de abril de 2015 por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA se determinó por esa entidad un total de 51.17% como pérdida de la capacidad laboral (fls. 7 a 12); decisión que fue objeto de recurso por parte de la AFP Protección S.A., en virtud del cual la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ profirió el dictamen 51728623 -2885 del 9 de diciembre de 2015 (fls. 13 a 16), mediante el cual revocó la decisión recurrida para determinar dicho porcentaje en un 35.05%.

Ahora, lo pretendido por la parte actora es que se acoja el dictamen inicialmente proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca para que se tenga como persona invalida a la demandante.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, se crearon las juntas calificadoras del estado de invalidez, a través de los artículos 42 y 43 de la citada normatividad, entidades a las que se les encomendó por parte del Legislador determinar el estado invalidante conforme a criterios técnicos, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por perdida de la capacidad laboral. Mediante el Decreto Reglamentario 1346 de 1994 y posteriormente a través del Decreto 2463 de 2001 se legisló sobre su integración, financiación y funcionamiento. Así mismo entraron en ejercicio de sus funciones a partir del 1° de abril de 1995, mediante el Decreto 303 de 1995. Es pertinente indicar que las Juntas de Calificación de Invalidez constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales, cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social.

El Decreto 917 de 1999, vigente para la fecha en que se efectuó la calificación de pérdida de la capacidad laboral de la demandante tanto en primera como en segunda instancia, establece los parámetros que se deben observar para determinar si en un individuo se genera una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva o parcial y señala la norma que cualquier contingencia, debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, que pueden ser anteriores o corresponder a la fecha de calificación.

En el presente asunto el a quo ordenó en la etapa de decreto de pruebas (audiencia realizada el 19 de abril de 2017), ordenar a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia "*emitir el dictamen de pérdida de la capacidad laboral a la demandante previo examen físico y médico con base en el expediente de Calificación que trajo la Junta.*"), entidad que al emitirlo (fls. 133 a 137), determinó una pérdida de capacidad laboral de la demandante en un 30%.

Respecto de la validez de los dictámenes emitidos, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 3380 de 2019, ha manifestado:

> *"Es por lo anterior, que la Corte ha enfatizado que, si en un proceso se encuentran enfrentados dos dictámenes, el juez del Trabajo y de la Seguridad Social, en virtud de la libertad probatoria referida, está facultado para escoger lo establecido en el primero o en el segundo, e inclusive ordenar un tercero.*
>
> *...Igualmente, como se adoctrinó en la sentencia CSJ SL2049-2018, la formación del libre convencimiento con el principio de la sana crítica, implica que el juez debe fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad, que le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables..."*

Igualmente, en sentencia SL1966 de 2019, la referida Corporación indicó:

> *"Esta Sala no desconoce que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez, son controvertibles, y es posible que el juez los analice a partir de otros elementos científicos de convicción, lo que bien puede permitir variar no solo la fecha de estructuración, sino además el grado de pérdida de capacidad laboral (CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 29622, CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 29328, CSJ SL 2496-2018), no obstante, el concepto médico que pretende anteponerse al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no acredita en manera alguna una disminución de capacidad laboral".*

Así las cosas, advierte esta Sala de Decisión, que en nada erró la Juez de Primera instancia, al absolver a la Junta demandada de las pretensiones de la actora, toda vez que dicho dictamen no comporta

argumento para restarle validez probatoria, pues este se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en las enfermedades diagnosticadas, y en los análisis realizados por los médicos tratantes que se evidenciaron en la historia clínica, los que corresponde al estado de salud de la actora al momento de ser evaluada.

En efecto el dictamen que realizó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó los porcentajes asignados por las deficiencias, discapacidades y minusvalías del demandante, para un total de 35.05%, con fecha de estructuración del 28 de julio de 2014, resulta evidente que no hay lugar a modificar ni declarar la nulidad de esa decisión, pues se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en la enfermedad diagnosticada a la paciente, es por ello que ese dictamen es el que se debe acoger, pues es innegable que la conclusión a la que arribó la Junta demandada al determinar tanto el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral de la actora, como la fecha de su estructuración, contiene la descripción, análisis y revisión de los citados aspectos que se tuvieron en cuenta para efectuar tal calificación, y en el mismo se aprecia concordancia entre la motivación o sustentación del dictamen con su decisión final, que resulta acorde con la historia clínica de la paciente, por lo cual es forzoso acogerlo y en forma consecuente desestimar lo planteado en la demanda y en el recurso de la parte actora frente al porcentaje de esa calificación.

Ahora bien, como en este caso la pretensión de la demanda estuvo encaminada únicamente a que se estableciera el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en el que fue fijado por la Junta Regional, sin que se hubiera solicitado el pago de ninguna prestación, la Sala se encuentra relevada de efectuar pronunciamiento alguno en relación con la convocada a integrar la Litis, PROTECCIÓN S.A.

Por las razones expuestas, se confirmará la decisión de primera instancia.

Costas. A cargo de la parte demandante recurrente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de junio de 2020, conforme se expuso.

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

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

INCLÚYANSE en la liquidación de costas, como agencias el derecho a cargo de la parte demandante la suma de $350.000.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado