



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LILIANA VELASCO FAJARDO
Demandado: BBVA COLOMBIA S.A. Y COLTEMPORA S.A.
Radicado No.: 37-2019-00240-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDADAS - CONFIRMA.

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Liliana Velasco Fajardo instauró demanda ordinaria contra BBVA Colombia S.A. y Coltempora S.A., con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral con la primera de las demandadas, entre el 1 de octubre de 2004 al 30 de diciembre del 2014 y, por tanto, le son aplicables las convenciones colectivas de trabajo celebradas entre el banco y los sindicatos de sus trabajadores; que se dio por terminado el contrato de trabajo en forma ilegal y sin justa causa; que las enjuiciadas son solidariamente responsables de sus obligaciones laborales.

En consecuencia, solicitó a su favor se condene en forma solidaria a la indemnización convencional por despido injusto debidamente indexada, prima convencional de servicios correspondiente al mes de diciembre de 2014, prima convencional de antigüedad por 10 años de servicios, prima convencional de vacaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2013 al 30 de septiembre de 2014, indemnización moratoria, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como sustento de las anteriores pretensiones señaló en síntesis que prestó sus servicios a favor de la demandada BBVA a través de la empresa de servicios temporales Coltempora S.A., como trabajadora en misión en los siguientes periodos y cargos:

CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO
OBRA O LABOR	01/10/2004 AL 15/12/2005	ASESOR COMERCIAL
OBRA O LABOR	10/01/2006 AL 14/01/2007	ASESOR COMERCIAL II
OBRA O LABOR	12/02/2007 AL 28/12/2007	ASESOR COMERCIAL ELI
OBRA O LABOR	01/01/2008 AL 31/12/2008	ASESOR COMERCIAL
OBRA O LABOR	20/01/2009 AL 15/12/2009	ASESOR COMERCIAL ELI
OBRA O LABOR	05/01/2010 AL 24/12/2010	GESTOR CRÉDITO HIPOT

CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO
OBRA O LABOR	18/01/2011 AL 30/12/2011	ASESOR COMERCIAL
OBRA O LABOR	24/01/2012 AL 31/12/2012	ASESOR COMERCIAL
OBRA O LABOR	24/01/2013 AL 3/01/2014	GESTOR
OBRA O LABOR	3/02/2014 AL 30/12/2014	GESTOR

Refirió que entre el 3 de febrero al 30 de diciembre de 2014 devengó como sueldo básico mensual la suma de \$749.000 y por concepto de comisiones la suma de \$47.670.701, para un promedio salarial de \$5.082.700. Indicó que al interior del Banco BBVA existen varias organizaciones sindicales, por lo que entre SINTRABBVA, UNEB y ACEB y la patronal han firmado sucesivas convenciones colectivas de trabajo desde 1961 al 2015. Por último, refirió que la demandada Coltempora S.A. dio por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo el 30 de diciembre de 2014

(Cuad.1, fols. 1 a 18).

2. Contestación de demanda.

2.1. BBVA Colombia. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que la accionante, si bien pudo ser enviada como trabajadora en misión, lo fue para gestiones diversas, pero todas dentro del marco de ley, además, los contratos que pudo tener con la temporal tuvieron solución de continuidad, en tanto que no solicitaba a personas específicas, sino el cubrimiento de posiciones en los términos que permite el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Sostuvo que la actora fue trabajadora del banco en el periodo comprendido entre el 18 de mayo de 1994 y 3 de septiembre de 2002, cuando fue despedida sin justa causa, de manera que no figura como trabajadora con posterioridad, sin embargo, anotó que la empresa de servicios temporales codemandada la envió por algunos periodos y para diferentes actividades, de lo cual no tiene reporte, pues el empleador era la temporal y quien administraba el recurso humano que pudiera utilizar para cumplir el contrato suscrito con el Banco. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, pago y genérica. (Cuad.2, fols. 538 a 553).

2.2. Coltempora S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los supuestos fácticos aceptó los hechos relacionados con la calidad de trabajadora en misión dentro de los periodos antes esgrimidos, precisando que la empresa usuaria codemandada le informó que la obra o labor para la cual había requerido los servicios de la actora terminaron, por lo que debía finalizar el contrato de trabajo el 30 de diciembre de 2014, como en efecto ocurrió; fecha en la que devengaba un salario de \$749.000. Propuso como excepción de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia del despido, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, buena fe, mala fe, temeridad y deslealtad procesal, prescripción, compensación e innominada. (Cuad.2, fols. 682 a 703).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de noviembre del 2020, en la que el fallador declaró que entre la actora y el Banco BBVA S.A., existió una relación laboral, en razón a un contrato a término indefinido entre el 1 de octubre de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2014 y, por tanto, condenó a la citada demandada al pago de prima convencional de diciembre, prima de antigüedad, indemnización convencional por terminación unilateral del contrato de trabajo, indemnización moratoria, indexación, declarando solidariamente responsable de la citada condena a la empresa temporal, gravándose en costas.

Para los fines que interesa al recurso de apelación propuesto, tuvo como problema jurídico principal a dilucidar si en virtud del principio de la realidad sobre las formas procede la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo de manera directa entre la demandante y el Banco BBVA por el periodo comprendido entre 1 de octubre del 2004 al 30 de diciembre de 2014. Con tal propósito indicó que no existe duda en el proceso a más porque así fue admitido por las empresas demandadas, la existencia de contratos de trabajo de obra o labor determinada celebrados con Coltempora SA, para que la actora en calidad de trabajadora en misión prestará servicios en favor del banco demandado, ello en virtud del contrato comercial suscrito entre las codemandadas, para provisión de personal.

De esta manera, indicó que se activa la presunción de existencia del contrato de trabajo alegado en libelo demandatorio, conforme lo establece el artículo 24 del CST, sin embargo, dijo que el Banco BBVA niega su existencia en tanto que la vinculación laboral lo fue conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, como trabajadora en misión. Así, para determinar que la contratación aducida por las demandadas se ajustó a los parámetros legales que gobiernan los derechos sociales o si por el contrario fueron utilizados contrariando las disposiciones legales, hizo alusión a las pruebas allegadas al plenario, fundamentalmente en los contratos de trabajo allegados, a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, significando que la demandada tiene por objeto social la celebración y ejecución de operaciones, actos y contratos propios de los establecimientos bancarios, de manera que la actora prestó servicios a favor de BBVA en desempeño de los cargos relacionados con Asesorías Comerciales, funciones propias de una entidad bancaria.

Sostuvo que aunque los diferentes contratos presentan distintos cargos, lo cierto es que todos giraron en una misma unidad de negocios de crédito hipotecario y si bien podía variar según el tipo de cliente, aspecto que quiso resaltarse como diferencial, no obstante, coligió que respecto de ellos se mantuvo una misma unidad productiva al interior de la entidad, fueron aislados y presentaron funciones similares, lo cual, sumado al tiempo de contratación por espacio de 10 años bajo esa modalidad, no podría de ninguna manera considerarse como ocasional o temporal, haciendo un uso indebido de la figura contractual, máxime cuando superaron el término de contratación establecida, aspecto aceptado por el banco demandado.

Tras lo anterior concluyó que la contratación de la demandante, contrario lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4369 del año 2006, en tanto que el Banco hizo un uso indebido de la contratación bajo la intermediación de la EST, como quiera que se incumplió la temporalidad permitida en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por manera que debía declarar la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre la actora y el Banco BBVA.

Definido lo anterior, expuso que en lo que hace a la aplicación de las normas convencionales, que a la demandante le fue privado el uso del derecho de asociación sindical en razón a la indebida contratación que en su momento adoptó las empresas demandadas, razón por la cual debía analizar las normas convencionales respecto de las cuales sustentan las pretensiones invocadas. A su turno, analizó la excepción de prescripción propuesta, destacando que el contrato de trabajo finalizó el 30 de diciembre del 2014, fue interrumpido el término de prescripción con la reclamación que realizó la demandante ante el Banco BBVA 4 de octubre del año 2017, por lo que se tenía hasta el mismo día y mes, pero del año 2020, para presentar la demanda, misma que fue presentada el 29 de marzo del año 2019, por lo que debía declarar probada

parcialmente, es decir, los derechos causados con anterioridad al 4 de octubre de 2014.
(Cuad.2, CD a fol. 920).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación de BBVA Colombia. En su alzada indicó que en la fijación quedó determinado, además, por ser un hecho probado, los distintos contratos que suscribió la accionante con la EST, por manera que, al haber quedado por fuera de ese debate, también estaba la actividad que aquella ejecutó en los mismos, aspecto que obvió el A quo, máxime cuando la promotora del litigio expuso que fueron diez contratos de trabajo distintos, de manera que no era viable declarar unidad contractual ya que las normas que regulan la intermediación laboral no son las que deben gobernar el asunto, dado que el tipo de servicio que presta las EST si puede ser del giro ordinario de las actividades de la empresa usuaria, distinto a lo que pasa con los outsourcing.

Refirió que la actora no ejerció la misma actividad durante la vigencia de los múltiples contratos de trabajo, por lo que no era procedente declarar un único vínculo laboral, así, indicó que la accionante se presentó a convocatorias realizadas por la EST, para distintos cargos, mediando tiempos entre las distintas contrataciones, no era viable partir de la existencia de un único contrato. Esgrimió que, si bien en dichos contratos se superó el tiempo determinado en la Ley, los vínculos suscritos fueron para actividades diferentes aun cuando fuera el giro ordinario, de manera que no se debió acceder a las pretensiones.

Advirtió que el A quo desconoció el artículo 191 del CGP, en tanto que el propio dicho de la accionante no puede ser tomado como confesión, en la medida que dijo que realizó la misma actividad o similares, cuando no fue así, pues se contrataba el servicio temporal para el desarrollo de las actividades del Banco. En lo que hace a la indemnización moratoria, esgrimió que no ha actuado de mala fe, a pesar de que hubo ligerezas del funcionario que manejaba las relaciones del Banco, pero nunca fue con la intención de desconocer las normas e incurrir en quebrantos a la ley. (Cuad.2, CD a fol. 920).

5.2. Recurso de apelación de Coltempora S.A. Formuló recurso de apelación indicando que la sentencia no atiende al principio de congruencia en tanto que se indica con claridad y precisión que existió varios contratos de trabajo, cada uno de los cuales, con cargos distintos, que nacieron a la vida jurídica por razones diferentes, sin embargo, en el fallo se analizan dichos hechos considerados probados y excluidos del debate, vulnerando el derecho de defensa y contradicción.

Refirió que la codemandada BBVA admitió que era la empresa y no Coltempora SA quien determinaba la existencia de una necesidad específica del servicio y su fecha, lo que coincide con lo que regula el artículo 8 del Decreto 4369 de 2006, luego en consonancia con lo que se planteó en litigio se admitía la existencia de varios contratos de trabajo con la trabajadora en misión y además que cada uno de ellos tenía una necesidad diferente. Así, indicó que quien tenía la carga probatoria para demostrar que las circunstancias por las cuales se interrumpieron esos contratos eran de la parte actora, aspecto que no se demostró que realmente ese periodo se hubiera concedido para vacaciones.

Sostuvo que en cada una de las relaciones laborales y antes de su inicio existía una solicitud de empleo que diligenció la candidata trabajadora, situación que se hacía después de que conocía la vacante, de tal manera que no podía presentarse a solicitar empleo sin estar al tanto de la existencia de la vacante, luego pudo haber la EST

contratado a ella o a otro candidato. Refirió que las condenas con motivo de las convenciones surgen de que la actora tuvo la posibilidad de afiliarse al sindicato de haberse considerado trabajadora del Banco BBVA, situación que no atiende a la realidad de las cosas en tanto que la legislación no prohíbe a los trabajadores en misión afiliarse a ningún sindicato, sea o no de industria o del sector de EST o de la empresa usuaria, luego si la trabajadora en misión hubiese querido afiliarse al sindicato por lo menos debió haberlo manifestado a la misma agremiación sindical, para que fuera este último quien determinará si la acepta o no, por lo que no debía presumirse que aquella le fue impedido, por lo que nunca manifestó.

Precisó que en lo que tiene que ver con la solidaridad si quedó demostrada su buena fe en tanto que quedó excluido del litigio la existencia de los contratos de trabajo, cargos y denominaciones; que la demandada BBVA reconoció que ella era quien determinaba el inicio de una necesidad específica del servicio y determinaba su finalización; que luego de la finalización era la candidata quien hacía la respectiva solicitud para que se tuviera en cuenta a la hora de un nuevo empleo; la empresa usuaria determinaba la causa originaria, lo que permite demostrar su buena fe.

Finalmente, refirió que no fue objeto de análisis la excepción de prescripción propuesta, pues, aunque se encontró probado que la actora interrumpió el término de prescripción porque radicó petición al Banco BBVA, no fue así respecto de la empresa de servicios temporales, en tanto que nunca se allegó un requerimiento en tal sentido, por lo que el citado medio exceptivo si quedó demostrado. (Cuad.2, CD a fol. 920).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. BBVA Colombia. Alegó en su favor que entre las diferentes ocasiones en que la actora fue enviada a prestar sus servicios a BBVA por parte de Coltempora S.A. hubo siempre solución de continuidad, punto sobre el cual no hubo siquiera debate y se respetaron los plazos máximos que establece el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Refirió que solicitaba a la temporal el envío de trabajadores en misión para diversas funciones, razón por la cual la demandante desarrolló funciones diferentes, lo cual también desvirtúa que se tratara de una misma relación prolongada en el tiempo con interés en que los servicios fueran prestados por una misma persona.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El A quo quebrantó el principio de congruencia dado que al estar por fuera del litigio la existencia de los múltiples contratos de trabajo celebrados entre la demandante y empresa temporal de servicios, no podía declararse la existencia de un vínculo laboral entre aquella y BBVA Colombia S.A.?
- (ii) ¿El A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre la actora y BBVA Colombia S.A., fungiendo la empresa de servicio temporal codemandada como simple intermediaria?

- (iii) Por el contrario, ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?
- (iv) ¿Erró el A quo al no declarar probada de forma total la excepción de prescripción en lo que hace al presupuesto de responsabilidad solidaria de la EST demandada?
- (v) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al condenar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST en tanto que el Banco BBVA considera que no actuó de mala fe?

Principio de congruencia

Es del caso recordar, que conforme se desprende de lo planteado por la censura, las sociedades recurrentes consideran que el A quo infringió el principio de congruencia, al ocuparse de definir un asunto que las partes no discuten y quedó por fuera del litigio, por ende, debidamente probado, esto es la existencia de los contratos de trabajo suscritos entre la actora y la EST. De allí que indicaron no tuvieron la oportunidad de pronunciarse y ratificar su existencia, por manera que pretende que se revoque la sentencia de primer grado, en virtud de su derecho fundamental al debido proceso, en especial la declaratoria del contrato de trabajo entre la demandante y el Banco BBVA, solicitud que efectúa, se reitera, ante la no discusión sobre los contratos de trabajo.

Para efecto de resolver la apelación, la Sala debe precisar que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021)

Así, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *"exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*, mientras que la segunda hace referencia a que *"toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"* (CSJ SL2808-2018).

Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Ahora, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en demostrar que la sentencia de primer grado se ocupó de verificar si había lugar a la existencia de relación laboral entre Liliana Velasco Fajardo y BBVA Colombia S.A.,

aspecto que no debía determinarse ante la existencia de las múltiples vinculaciones laborales celebradas entre aquella y Coltempora S.A., contexto que las partes no discuten y por tanto quedó debidamente probado.

Al respecto, se advierte que los recurrentes parten de una premisa falsa, pues, el Juez de primer grado si bien indicó que las vinculaciones de la trabajadora con la EST quedaron por fuera del problema jurídico a resolver, es decir, de la fijación del litigio, no obstante, es claro que ello lo fue en consideración a que debía determinar si los mismos cumplieron con los requisitos legales para la contratación a través del servicio temporal que señala la Ley 50 de 1990 o en sumo si desconocieron la prohibición contenida en la citada norma, para arribar a la conclusión si la entidad bancaria codemandada fue la verdadera empleadora y por tanto la temporal actuó como simple intermediaria.

Además, la Sala no advierte ninguna interpretación errónea del A quo de cara a lo pretendido en libelo incoatorio, habida cuenta que lo pretendido por la actora, básicamente fue la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido con BBVA Colombia S.A. y la responsabilidad solidaria entre la empresa temporal y la usuaria, súplicas que tenían como fuente originaria la figura jurídica de la intermediación laboral, cuando quiera que se infringieron normas que regulan el servicio temporal. Aspectos que quedaron plenamente consolidados, no solo en la etapa de fijación del litigio, sino, en las demás etapas del proceso, aspecto que trajo consigo a que el A quo concluyera la inobservancia a la prohibición contenida en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y, por tanto, que la temporal había actuado como simple intermediaria, con la consecuencia de que la usuaria se convierta en verdadera empleadora.

Así las cosas, es claro que el Juzgador de primer grado no quebrantó el principio de consonancia, acotando, que tampoco podría concluirse que las pretensiones del libelo introductorio se hubieran encaminado exclusivamente a la existencia de las múltiples vinculaciones laborales, ni por aproximación podría entenderse ello del interrogatorio de parte surtido a la demandante, como quiera, que tal cual lo estimó el A quo, se impetró declaración tendiente a descartarlos, en la medida que se señaló una única vinculación laboral con el Banco BBVA, en razón de la infracción a las normas que regulan el servicio temporal. De ahí, que sean claramente errados los argumentos utilizados por la censura, para tildar la sentencia de primer grado quebrantadora de derechos fundamentales.

Relación laboral

Sentado lo anterior, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con la actora, quien señala prestó sus servicios como trabajadora en misión enviada por una empresa de servicio temporal, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados

en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

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

Dicho ello y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su contestación de demanda y de contera en su recurso de apelación, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que la ató con la aquí demandante, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajadora en misión enviada por la empresa de servicio temporal, ello en atención que la promotora del litigio en el interregno que estuvo vinculada como tal, ejecutó actividades en favor del Banco BBVA que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, compartiendo en forma integral las intelecciones a las que llegó el sentenciador de primer grado.

Lo anterior, se explica por cuanto los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que la señora Liliana Velasco Fajardo, prestó sus servicios a favor de la citada entidad financiera por un lapso superior a 10 años, que según se advierte de los contratos de trabajo allegados al plenario, para ejercer el cargo principalmente de Asesora Comercial, conforme se observa a continuación:

CLASE DE CONTRATO	TIEMPO DE SERVICIOS	CARGO	FOLIO
OBRA O LABOR	01/10/2004 AL 15/12/2005	ASESOR COMERCIAL	CUAD.1, FOL. 28
OBRA O LABOR	10/01/2006 AL 14/01/2007	ASESOR COMERCIAL II	CUAD.1, FOL. 29
OBRA O LABOR	12/02/2007 AL 28/12/2007	ASESOR COMERCIAL ELI	CUAD.1, FOL. 30
OBRA O LABOR	01/01/2008 AL 31/12/2008	ASESOR COMERCIAL	CUAD.1, FOL. 31
OBRA O LABOR	20/01/2009 AL 15/12/2009	ASESOR COMERCIAL ELI	CUAD.1, FOL. 32
OBRA O LABOR	05/01/2010 AL 24/12/2010	GESTOR CRÉDITO HIPOT	CUAD.1, FOL. 33
OBRA O LABOR	18/01/2011 AL 30/12/2011	ASESOR COMERCIAL	CUAD.1, FOL. 34
OBRA O LABOR	24/01/2012 AL 31/12/2012	ASESOR COMERCIAL	CUAD.1, FOL. 35
OBRA O LABOR	24/01/2013 AL 3/01/2014	GESTOR	CUAD.1, FOL. 36
OBRA O LABOR	3/02/2014 AL 30/12/2014	GESTOR	CUAD.1, FOL. 37

Y si bien del acopio probatorio se desprende que hubo cambio en el nombre del cargo en diferentes ocasiones, lo cierto es que la prestación del servicio fue siempre de

manera continua y, por ende, una necesidad permanente de la usuaria, y aunque en algunos de los contratos de trabajo se plasmó que lo que originó la vinculación fue el incremento de trabajo, sin embargo, para la Sala, emerge sin duda, que no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar cuál fue ese aumento en la producción, ventas o en la prestación de servicios de la empresa usuaria.

De hecho, ni siquiera se registró aquello en la oferta mercantil para el envío de trabajadores en misión a nivel nacional que realizó la EST el 27 de diciembre de 2020, ni en el Otrosí número 08 al negocio surgido de la aceptación de la oferta mercantil realizada a BBVA Colombia por Coltempora S.A., para dicho fin; sin que manera alguna se aluda a una necesidad específica, menos aún de la contemplada en el numeral 3 de la citada disposición, es decir, para atender incrementos en la producción y ventas, como lo pretende hacer ver la censura, en la medida que tampoco se fijó cuál fue ese acrecentamiento, ni mucho menos se probó en este asunto.

A lo que se suma está demostrado en el proceso que la usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, de cara a los citados contratos de trabajo, al punto que llama la atención de la Sala, que las certificaciones laborales adosadas al plenario, dejan entrever que las actividades laborales de la trabajadora, esto de Asesor Comercial, siempre persistieron y se mantuvieron al cabo de diez años, pese al cambio en el nombre del cargo que se atribuyó, lo que ratifica, sin hacer uso de otro medio probatorio, que era una necesidad imperativa de la empresa usuaria contar con los servicios de la actora, de allí que se hayan quebrantado las disposiciones que rigen la intermediación laboral.

Así las cosas, el juez de primer grado no incurrió en yerro alguno al escatimar que las actividades que desarrollaba la actora no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, en consecuencia, al ser un requerimiento permanente en la entidad usuaria debía ser atendido con un trabajador directamente vinculado por ella, de tal manera que, aunque en el transcurso de las múltiples vinculaciones tuvo cambios en la designación del cargo, no se puede perder de vista que las circunstancias que rodearon la prestación del servicio tampoco permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que llevan a concluir que la promotora de la litis continuó vinculada con la accionada ante la necesidad permanente de contar con sus servicios, que se extendió por más tiempo del legalmente previsto para el trabajo en misión.

A propósito del recurso de apelación del Banco BBVA, cabe traer a colación la sentencia SL2710-2019, misma en la que se adoctrinó que las empresas de servicios temporales pueden ser utilizadas para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en la norma en cita, sean o no del giro habitual de sus negocios, pero no para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente tal cual sucede en este asunto.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar a la aquí demandante como trabajadora en misión de la entidad usuaria, la demandada Empresa de Servicios Temporales, pasa a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, BBVA Colombia S.A., se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasará a responder solidariamente, solidaridad que nace por mandato legal.

Ahora, no sobra precisar que en lo que hace a uno de los argumentos expuestos en las apelaciones referente a que la prestación de los servicios a través de la empresa de servicios temporales fue interrumpida; para la Sala los medios de convicción conducen a escatimar que la actora trabajó de forma ininterrumpida y permanente, como consecuencia de la unicidad del vínculo laboral, pues no se presentaron periodos de solución de continuidad entre cada uno de los contratos suscritos con las empresas temporales, al menos con la suficiencia requerida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que permitan entender la intención de las parte de no dar continuidad en la relación laboral, pues nótese que entre uno y otro contrato, no mediaron interrupciones superiores a un mes (SL574-2021), de manera que es evidente el desacierto de la censura.

Dichas consideraciones son más que suficientes para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que respecta a que BBVA Colombia S.A. es el verdadero empleador de la aquí demandante y la empresa de servicio temporal actúo como simple intermediaria, la cual está obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales de la trabajadora.

Aplicación de la convención Colectiva de trabajo

Partiendo del reproche de la demandada en torno a la aplicación que de la convención colectiva ordenó el A quo a favor del actor, consistente en que se requería afiliación de la trabajadora a la organización sindical existente al interior de la entidad financiera codemandada, para que le fueran extendidos los beneficios estipulados en el instrumento colectivo; aspecto que debió hacerlo en vigencia de la relación laboral, en tanto, que según su dicho, podría vincularse a ella independiente del vínculo laboral celebrado con la empresa temporal de servicios, se tiene que aun cuando en efecto no obró afiliación de la actora a los sindicatos SintraBBVA Colombia, UNEB y ACEB y, por tanto, según lo dispone el artículo 470 del CST, las convenciones colectivas de trabajo solo apliquen a trabajadores sindicalizados, no puede olvidarse que por excepción, en los términos del artículo 471 del CST, se hace extensiva a los no sindicalizados, siempre y cuando la organización sindical esté conformada por lo menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa o cuando los beneficios consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos los trabajadores por voluntad de las partes suscriptoras.

Bajo lo dicho, es claro que si bien en principio le asistía razón a la apelante cuando indica que la actora al no estar afiliada a las agremiaciones sindicales no le podía ser extensiva la norma extralegal sobre la cual aspira sus pretensiones de índole económico, a más porque no demostró que la organización sindical estaba conformada por lo menos por la tercera parte del total de los trabajadores, también lo es que en el presente caso, que entre las agremiaciones sindicales y el Banco BBVA S.A. se dejó sentado en cada una de las convenciones colectivas de trabajo suscritas y allegadas al cartapacio, que su aplicación lo sería a todos los trabajadores del Banco, que estuviesen vinculados o se vinculen con posterioridad a éste con ocasión del contrato de trabajo, sin condición alguna.

De lo que deviene que la censura resulte infundada en la medida que debe hacerse extensivo el convenio colectivo cuando quiera que las partes contratantes de aquel pactaron su aplicación a todos los trabajadores de la entidad financiera accionada, calidad que se encontró probada al señalarse que su verdadero empleador lo fue BBVA Colombia S.A., en tanto que se desdibujó la legalidad y legitimidad de la vinculación

temporal bajo la condición de una trabajadora en misión, razón por la que frente a este puntual punto también se confirma la decisión de primer grado.

Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio Coltempora S.A., punto sobre el cual le atribuye un dislate al A quo por no haber declarado probada la excepción de prescripción de forma total a su favor, en tanto que la actora no elevó ante ETS, reclamación tendiente a interrumpir el citado fenómeno exceptivo.

Respecto de los reproches indicados, tempranamente esta Sala de Decisión Laboral debe señalar que no le asiste razón a la censura, en la medida que tal como lo señaló el A quo, si debía declararse probada de forma parcial, como pasa explicarse:

La Sala observa que para efecto de estudiar el fenómeno de la prescripción en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, debe partirse de la base de que la EST accionada propuso dicha excepción en sus contestaciones de demanda y en tal virtud, es dable acudir al artículo 488 y 489 del CST, preceptivas que establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y señalan que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Ahora, si bien existe norma que gobierna el término de la prescripción, no sucede lo mismo con lo relacionado a la interrupción civil o judicial que obra en favor de uno o varios codeudores, por lo que se hace necesario acudir a la disposición del Código Civil que regulan tal cuestión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que no es otra que lo dispuesto en el artículo 2539 y s.s., que indica la procedencia de la interrupción y sus efectos:

"ARTÍCULO 2539. <INTERRUPCIÓN NATURAL Y CIVIL DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA>. *La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.*

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524."

Así mismo, es dable acudir para los efectos pertinentes, a lo dispuesto en el artículo 1568 del Código Civil, disposición que señala:

"En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley"

Por manera que conforme al artículo 2540 del Código Civil:

"La interrupción que obra a favor de uno o varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno o varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1573, o que la obligación sea indivisible"

Así las cosas, aplicado al presente asunto el referente normativo atrás esbozado, debe decirse que, como se expresó con anterioridad, las obligaciones aquí contraídas por la accionada Coltempora S.A., lo fueron de forma solidaria por las condenas impuestas a la codemandada BBVA Colombia S.A., de modo que la interrupción de la prescripción que hizo la actora a esta última y que data del 2 de octubre del 2017 se hizo extensiva a la temporal, reiterando, en virtud de la responsabilidad solidaria legal asignada y declarada en sub iudice, a más porque el acreedor, en este caso, la actora, no renunció ni expresa tampoco tácitamente a la citada solidaridad en los términos del artículo 1573 del C.C., por lo que es claro, que la argumentación del recurrente no puede salir adelante, y, por tanto, se sigue confirmar en lo que hace a este punto de la apelación.

Indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST

Pretende el Banco BBVA sea exonerado del pago de la indemnización derivada del no pago completo y oportuno de salarios y prestaciones sociales ordenada por el A quo, considerando que, si bien transgredió los límites temporales para el suministro de personal en misión a través de la EST, en virtud del deficiente manejo del funcionario que manejaba este tipo de relaciones del banco, no obstante, su intención no fue la desconocer y quebrantar normas que regulan este tipo de vinculaciones.

En relación con lo anterior, preciso es destacar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, pues contrario a lo que se considera, la simple afirmación de la demandada de creer que actuó con apego a la ley no la exonera de tal sanción, en la medida, que de manera consciente y a pesar de contar con una necesidad permanente, continuó requiriendo su contratación a través de la EST, por más de 10 años, disfrazando su verdadera calidad de empleadora, que descarta toda posibilidad de colegir que haya actuado de buena fe y por el contrario, denota que su conducta no fue recta y leal con la trabajadora, dada la contratación fraudulenta y extendida en el tiempo, el uso indebido del servicio temporal y el desbordamiento de los límites establecidos en la Ley 50 de 1990. De

manera que le asiste razón al sentenciador de primer grado al considerar que había lugar a gravar su condena, toda vez, que esta Corporación evidencia que el deudor moroso no demostró que su obrar estuvo ceñido a la buena fe, a más porque sobre este tópico ningún medio de prueba allegó.

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala razón al sentenciador de primer grado, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de la conducta del empleador fue provista de buena fe, de allí que no se observe ningún desacierto en la decisión que tomó, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar su decisoria.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de las demandadas y a favor de la actora, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre del 2020, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas BBVA Colombia S.A. y Coltempora S.A. Las de primera, se confirman.

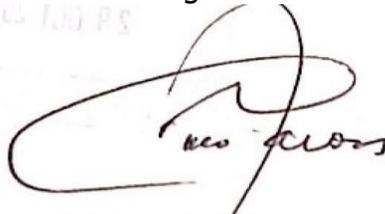
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

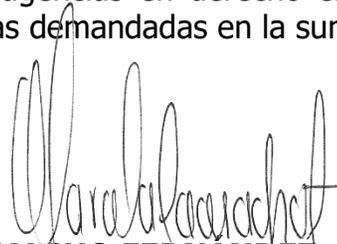


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Liliana Velasco Fajardo y a cargo de cada una de las demandadas en la suma de \$2.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JHON JAIRO GIL SANDOVAL
Demandada: SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.
Radicado No.: 20-2017-00778-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA– APELACIÓN- REVOCA.

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JHON JAIRO GIL SANDOVAL, instauró demanda ordinaria contra SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual terminó por causal imputable al empleador y que por su actual situación de salud se encuentra cobijado por el amparo constitucional de estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, se disponga a su favor pago de salarios, prestaciones sociales y "*demás acreencias laborales*" dejadas de percibir, indemnización correspondiente a 180 días de salarios del que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó con la demandada a través de un contrato a término indefinido el 23 de mayo del 2016, para ocupar el cargo de Técnico Mecánico II, devengando como asignación salarial la suma de \$1.414.937 y para el 1 de enero de 2017 la suma de \$1.496.297. Informó que el 22 de julio de 2016, en desarrollo de sus labores, sufrió un accidente cuando se encontraba arreglando el sistema de frenos de un vehículo tipo padrón de Transmilenio, consistente en una comprensión entre la llanta y el guardabarros.

Expuso que como consecuencia del accidente le fue diagnosticado contusión de tórax, de tal manera, desde que se presentó el siniestro la empresa accionada está enterada de su estado médico, por lo que se presume su estabilidad laboral reforzada. Indicó que ha sido incapacitado, además, la ARL Seguros Bolívar S.A. expidió orden médica con indicaciones de restricción laboral, no obstante, pese a ello, dijo que se vio obligado a seguir cumpliendo con las funciones de Técnico Mecánico II, exigiendo la utilización de fuerza en las extremidades superiores y actividades repetitivas.

Refirió que el 6 de enero de 2017 asistió de manera urgente a la Clínica de Occidente, donde fue valorado, dado de alta con recomendaciones, signos de alarma e incapacidad médica por 4 días. Indicó que pese a lo anterior, el mismo día el empleador informó sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo, argumento que se da con justa causa, razón por la cual el 6 de julio del mismo año interpuso acción de tutela y es así que mediante sentencia del 19 de julio del 2017 el Juzgado 13 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento ampara sus derechos fundamentales de manera transitoria, ordenando restablecer su vínculo laboral, pago de salarios dejados de percibir e indemnización de 180 días de salario; determinación confirmada en segundo grado.

Señaló que el 26 de julio del 2017 fue reintegrado, recibiendo salario, pero no prestando el servicio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 140 del CST, además, que el 8 de agosto de ese mismo año, la encartada le realiza un pago de \$15.829.381. (Expediente digital, PDF 2017-778 FL318 C, pág. 130 a 142).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada argumentando que el contrato fue terminado por hechos constitutivos de justa causa, además, que el actor no tiene pérdida de capacidad laboral alguna, es decir, sin que tuviera estabilidad laboral reforzada. Indicó que el actor tuvo un reintegro transitorio, razón por la cual pagó todas sus acreencias laborales y sin solución de continuidad hasta el 28 de noviembre de 2017, fecha para la había quedado sin efecto el fallo de tutela.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los hechos 1 al 4, 17 al 24 y los restantes manifestó que no le constan o no ser ciertos. Aceptó el accidente sufrido el 22 de julio del 2016 y la restricción laboral de un mes expedida el 29 de octubre de 2016, además, que se presentaron incapacidades. Sin embargo, expuso que el actor fue negligente en el cumplimiento de sus labores y se ausentó del trabajo varias veces sin justificación alguna, reconviendo varias veces antes de su terminación, empero, siguió sin atender sus obligaciones laborales, por lo cual fue finalmente terminado el contrato de trabajo, por hechos constitutivos de justa causa.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones, pago, cumplimiento de obligaciones, indebida aplicación de las normas legales, terminación del contrato de trabajo por hechos constitutivos de justa causa, no existencia de pérdida de capacidad laboral del actor, errónea interpretación de las normas legales, cobro de lo no debido, genérica y compensación. (Expediente digital, PDF 2017-778 FL318 C, pág. 165 a 180).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de mayo del 2021, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; y condenó en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar si el demandante se encontraba bajo estabilidad laboral reforzada al momento de terminar el vínculo laboral y si hay lugar al reintegro, con el consecuente pago de las acreencias laborales. Con tal propósito, hizo alusión al acervo probatorio, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para significar que la estabilidad laboral reforzada es dable siempre que la persona cuente por lo menos 15% de pérdida de capacidad laboral, advirtiendo que las incapacidades por sí solas no acreditan dicha condición.

Sin embargo, pese a que citó la sentencia SU – 049 de 2017, proferida por la Corte Constitucional, dijo que tuvo la necesidad de acudir a un concepto médico científico de

oficio para determinar la pérdida de capacidad del actor, pues no le es dable asignar como operador judicial las deficiencias o estados patológicos y valores porcentuales con el fin de aumentar o disminuir el grado de PCL. De manera que, con base en ese apoyo técnico, indicó que no se cumplían con los supuestos normativos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en tanto que su mengua laboral correspondió al 0%. A lo que sumó que la finalización del vínculo devino a una justa causa, pues, consideró, de acuerdo con la sentencia SL-128 de 2019, que le correspondía al demandado demostrar la causación de la justa causa alegada, misma que se encontraba probada, en tanto que el demandante se ausentó de su lugar de trabajo los días 21 de diciembre del 2016 al 6 de enero de 2017, lo que motivó el despido. (Expediente digital, audio 11001310502020170077800 Aud. Art. 80 C.P.T.Y.S.S._20210531_151228)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que no se encontraba en discusión la justa causa de terminación del contrato de trabajo, sino la estabilidad laboral que goza el trabajador. Indicó que, si bien se encuentra demostrado por el A quo la justa causa, no se hizo referencia alguna en cuanto a la legalidad del mismo despido. Refirió que de conformidad con lo señalado en sentencia SU-049-2017, al actor se le disminuyó su capacidad laboral a causa del accidente de trabajo, mismo que trajo consigo efectos no solamente físicos, sino, en su capacidad mental de trabajo; de manera que dada esa condición el demandante inició a tener incapacidades médicas que no permitieron que desarrolle sus labores en la forma en que fue contratado.

Insistió que el litigio versó sobre la existencia del fuero de salud, sin embargo, el A quo omitió pronunciarse sobre tal aspecto, en tanto que se limitó absolver, declarando que efectivamente la finalización del contrato de trabajo fue justa, máxime cuando tampoco se pronunció sobre la legalidad del despido de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, preceptiva que determina que en los casos que se vislumbre o existe disminución física es necesario acudir al inspector del trabajo, para que este verifique que en efecto es justa causa. Expuso que el Juez constitucional concedió el amparo que allí deprecó, por lo que a pesar de que el empleador aduce una justa causa de trabajo, este no llevó a un análisis si se había acudido o no al inspector del trabajo, para que este definitivamente determinará si autorizaba la terminación del contrato de trabajo.

Solicitó que se diera aplicación a la sentencia SU-049 de 2017, en tanto que su empleador conoció del accidente laboral y la disminución que tuvo el trabajador, razón por la que en varias ocasiones no pudo asistir al trabajo. Sobre la carga probatoria que le impuso el A quo, manifestó que debía aplicarse el principio de in dubio pro operario, toda vez que quien tiene la prueba es la demandada, además, debía tenerse en cuenta que se citó a su supervisor, sin que fuese arrimado por la pasiva. (Expediente digital, audio 11001310502020170077800 Aud. Art. 80 C.P.T.Y.S.S._20210531_151228)

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?
- (ii) Para tal fin deberá examinarse ¿La terminación de la relación laboral obedece a una causal objetiva y no como consecuencia de sus patologías?

Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, el salario devengado durante su vigencia y modalidad del contrato de trabajo celebrado entre las partes, ni la labor de Técnico Mecánico II que ejerció en vigencia de la relación el accionante; tampoco que el 22 de julio del 2016, en desarrollo de sus labores sufrió accidente de trabajo, cuyo tratamiento, recomendaciones e incapacidades médicas fueron conocidas por el empleador. Hechos que no fueron recurridos por las partes y además se aceptaron en la contestación de demanda.

Reintegro ordenado mediante sentencia de acción constitucional

Ahora, revisadas las documentales que obran en el expediente digital, PDF 2017-778 FL318 C, páginas 21 a 49, se tiene que el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., en decisión del 19 de julio del 2017 amparó de manera transitoria los derechos fundamentales allí esgrimidos y, en consecuencia, ordenó a la sociedad hoy demandada reestablecer la relación contractual con el accionante, para que ocupe el cargo que venía desempeñando u otro equivalente o superior, sin que se impongan tareas que puedan complicar sus condiciones de salud, atendiendo las recomendaciones del médico tratante.

Así mismo, dispuso el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 6 de enero del 2017, la indemnización de 180 días de salarios conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y ordenó la compensación de las sumas que hubieren sido canceladas como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral. Finalmente, ordenó el pago de aportes al sistema de seguridad social integral. La señalada protección la hizo extensiva hasta que el Juez natural decidiera de fondo sobre los hechos que son motivo de controversia. Determinación que fue confirmada por el Ad quem en sentencia de tutela del 29 de agosto del 2017.

En comunicación calendada del 26 de julio del 2017 (Expediente digital, PDF 2017-778 FL318 C, pág. 117), el empleador, en cumplimiento de la orden constitucional, dispuso el reintegro del trabajador a partir de la citada fecha, sin prestación del servicio, pero con el consecuente pago de salarios; situación que se mantuvo hasta el 28 de noviembre del mismo año, en tanto que el trabajador no cumplió con lo dispuesto por el Juez de tutela, esto es, haber interpuesto la acción de tutela ante la justicia ordinaria dentro de los 4 meses siguientes a su notificación. (Expediente digital, PDF 2017-778 FL318 C, pág. 257)

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S. actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento en que se finiquitó la relación laboral, la Sala Laboral debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición

en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 6 de enero del 2017.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado "*la presunción de desvinculación laboral discriminatoria*", entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: "*en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*"

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas**

previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 6 de enero del 2017, fecha en que se finalizó el contrato de trabajo, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a la patología diagnosticada "CONTUSIÓN DEL TÓRAX", como consecuencia del accidente de trabajo que acaeció el 22 de julio del 2016 y sobre la cual recibió tratamiento médico, tal como da cuenta el haz probatorio, que si bien fue dado por medicina general y no por alguna especialidad médica, también lo es que dicho primer nivel de atención ordenó en múltiples ocasiones, entre otras, sesiones de terapias, incapacidades y recomendaciones médicas, medicamentos, indicaciones de medios físicos con calor y frío local en intervalos de 30 minutos, uso de faja de soporte torácico para uso diario, "atención especializada terapia seotiva y fortalecimiento sesiones 15" y consulta externa especializada por medicina laboral, conforme obra en la historia clínica expedida por la Clínica del Occidente, allegada por el demandante.

De hecho, del citado acopio probatorio se evidencia que la citada patología tuvo la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, no sólo porque tuvo restricción laboral expedida por Seguros Bolívar de fecha 29 de octubre de 2016, con vigencia de un mes, para realizar actividad repetitiva que involucre tórax y miembros superiores, sino, además, en tanto que el actor, aún después de dada la ruptura del vínculo laboral, continuó en tratamiento médico al punto que le fue ordenado para el 24 de febrero del 2017, consulta por especialidad en ortopedia y cirugía general.

Lo anterior, da lugar a puntualizar que todos los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afección que le impedía o dificultaba ejecutar la labor de manera trascendental, los cuales, no pueden ser desestimados o echados de menos porque aquel al momento de la finalización del vínculo laboral no tenía calificación de su menzua laboral, como lo expuso el juez primigenio para estimar que la patología no le impedida sustancialmente ejercer su actividad de conductor Técnico Mecánico II.

Tampoco que, como consecuencia del dictamen pericial decretado y practicado, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca haya dispuesto en dictamen del 17 de diciembre de 2019 una pérdida de capacidad laboral del 0% respecto del accidente trabajo ocurrido el 22 de julio del 2016, concepto que estableció como fecha de su estructuración el 8 de diciembre de 2019; pues aquel imperativo resultaba descartarlo, toda vez que, a pesar de que reporta esa disminución en tal porcentaje, ello sobrevino tiempo después del despido efectuado el 6 de enero de 2017, de cara a la fecha de estructuración que se fijó. Nótese que, en la parte considerativa, la señalada junta consideró que "*En general los procesos inflamatorios de la reja costal de origen traumático se autoresuelven, por lo que se considera que el trauma de tórax ocurrido hace 3 años, se encuentra resuelto. Se califica la péróiida (SIC) de capacidad laboral atribuirle al evento descrito.*", y bajo dicha circunstancia estableció que el 0% de pérdida de capacidad laboral se situaba el 8 de noviembre del 2019.

De esa manera y, debido a que se incumbía la carga de acreditar la discapacidad al momento del desahucio, es claro que debió excluirlo y valorar en conjunto los demás medios de convicción allegados que, por demás, muestran palmariamente que, al

momento de la ruptura del laborío se encontraba en situación de discapacidad que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, pues no de otra forma se entiende que para dicho momento se encontrará no solo gozando de incapacidad laboral, sino, además en tratamiento médico, pues nótese que según se registra en historia médica del 6 de enero del 2017, el trabajador fue remitido a "CIRUGÍA DE TÓRAX ARL".

Aspecto que no sobra precisar se extrae del fallo de tutela de 19 de julio del 2017, pues en dicha oportunidad el juez de tutela concedió el amparo transitorio de los derechos fundamentales del actor, tras considerar que las pruebas obrantes en el expediente de tutela daban cuenta que el actor se encuentra en situación de debilidad manifiesta, pues de la historia clínica e incapacidades aportadas, *"puede extraerse que al momento de su desvinculación padecía ciertas disminuciones en su estado de salud."* Desde luego, las consideraciones vertidas en el fallo constitucional apuntan a lo que este colegiado halla acreditado tras el análisis probatorio en este asunto.

Todo lo cual permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por el actor le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) Al momento de la finalización del contrato laboral en efecto el demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud, que continuó, conforme se avizora de las historias clínicas expedida por la Clínica del Occidente, aún con posterioridad a la fecha del finiquito laboral; (iii) Patologías que eran de conocimiento de la demandada, aspecto que confirmó desde la contestación de demanda; acotando que (iv) si bien a la ruptura del vínculo laboral no tenía calificación de pérdida de capacidad laboral, también lo es que el haz probatorio da cuenta que la enfermedad tuvo la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, conforme a lo atrás esbozado, que da cuenta que se alteraron los condiciones de trabajo del promotor de la litis.

De lo hasta aquí analizado, es posible deducir que las labores otrora desempeñadas por el demandante sí se vieron afectadas por su patología y, en esa medida se encuentra razón a la censura cuando asegura que dichas evidencias no fueron apreciadas por el sentenciador de primer grado, mismas que daban cuenta de la real afectación en su salud, que le dificultaba ejecutar la labor de manera normal o regular, de ahí que se evidencie un claro error en su intelección.

Ahora, debe señalarse que no existe circunstancia alguna que permita justificar que la terminación del contrato no se produjo con ocasión al estado de salud del actor, pues la SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S. no logró desvirtuar la presunción del despido discriminatorio, dado que, aunque sustentó su decisión en una justa causa legal, aspecto que no se entrará a dilucidar por la Sala, en tanto que la parte actora no desconoció que los hechos que le endilgaron como motivo de su despido ocurrieron, sin embargo, tal justificación no es de recibo para esta Sala, de cara a la incapacidad laboral que para la fecha de desahucio el demandante estaba gozando.

Y si bien una de las deponentes al interior de proceso manifestó que la empresa no tenía conocimiento de la incapacidad que venía disfrutando el trabajador, no obstante, tal discusión se encuentra superada, pues, como se indicó, desde la respuesta de la demanda está aceptó el conocimiento de todas y cada una de las incapacidades médicas dadas al actor (contestación al hecho 8º de la demanda). Además, es claro que tampoco se podría deducir que exista una correlación entre la expedición de aquella y la fecha de desahucio, para entender que el trabajador tenía conocimiento del despido y por esa razón indebidamente se incapacitó. Ello de cara a que la carta de terminación del contrato de

trabajo solo fue recibida por el trabajador a través del servicio postal "SERVIENTREGA" hasta el 12 enero del 2017¹.

Bajo ese contexto, si el empleador pretendió desvincular al actor que se hallaba en una afectación en su salud que le impedía o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, debió por lo menos esperar a que culminará dicha incapacidad laboral y en todo caso solicitar autorización del Inspector de Trabajo, quien a su vez debía verificar que las razones esgrimidas no estuviesen asociadas a la condición de salud del trabajador, sino que se trata de una verdadera justa causa, como lo estipula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Así las cosas, al constatar que la desvinculación se produjo durante el periodo de incapacidad médica y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, toda vez que la llamada juicio tampoco solicitó a la encartada autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, se debe presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba el señor Jhon Jairo Gil Sandoval y en tal virtud declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro del trabajador a su lugar de trabajo, por lo que así se decidirá.

No obstante, se adelanta desde ya, que esta Sala no puede hacer pronunciamiento alguno respecto al pago de salarios, prestaciones dejadas de percibir, cotizaciones al sistema de seguridad social integral desde el 6 de enero del 2017 al 29 de noviembre del mismo año, así como la indemnización de 180 días que dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debido a que sobre ello se presenta una situación de cosa juzgada constitucional derivada de las sentencias de tutela ya anotadas, a través de las cuales se le reconoció dichas acreencias laborales naturales del derecho que aquí se reclama, sobre las cuales ya hubo pago, tal como lo fue confesado en el libelo introductorio (hecho 19) e interrogatorio de parte surtido al actor.

Empero tal suerte no correrá respecto de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a los subsistemas de seguridad social en pensiones y salud dejadas de percibir desde su última desvinculación, es decir, desde el 29 de noviembre del 2017 hasta el momento en que se produzca su reintegro, dada la cesación de los efectos de las órdenes constitucionales a partir del 28 del mismo mes y año, por lo que así se condenará por la Sala, teniendo como remuneración salarial la suma de \$1.496.297.

Por todo lo anterior, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primer grado.

Excepción de prescripción

Como quiera que al contestar la demanda la pasiva propuso la excepción de prescripción, ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 28 de noviembre del 2017 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 27 de noviembre del 2017, conforme da cuenta acta de reparto vista en pág. 118 del expediente

¹ Expediente digital, PDF 2017-778 FL318 C, pág. 208- núm. de guía 953962276.

digital, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

Indexación

Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el 29 de noviembre del 2018 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

Excepción de compensación

Sobre el particular, es del caso resaltar que como se señaló, en el caso de autos procede el reintegro, lo que implica el pago de todos los salarios integrales dejados de percibir por el trabajador durante el lapso en que estuvo cesante, lo cual incluye, el pago de los aportes al sistema de seguridad social dejados de hacer y vacaciones, lo que impone a su vez al actor la devolución de las sumas percibidas por el actor recibió al momento del finiquito. (SL-6389-2016). Bajo esa perspectiva, se **AUTORIZARÁ** a la demandada a compensar las sumas pagadas al señor **JHON JAIRO GIL SANDOVAL** por concepto de liquidación definitiva recibida al momento de la finalización del laborío el día 28 de noviembre del 2017.

Costas. En ambas instancias a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de mayo del 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro del trabajador a su lugar de trabajo, conforme a lo considerado.

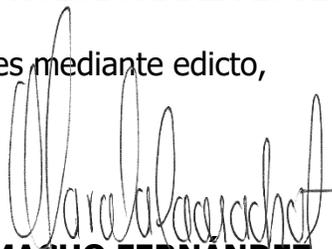
SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.** al reintegro del señor **JHON JAIRO GIL SANDOVAL**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, dejadas de percibir entre el 29 de noviembre del 2017 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de **compensación** propuesta oportunamente por la parte demandada, y autorizarla a descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$2.295.164** pagado al demandante por concepto de liquidación definitiva. Las demás excepciones se declaran no probadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **JHON JAIRO GIL SANDOVAL**.

EXTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de la **SOCIEDAD OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S.**

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



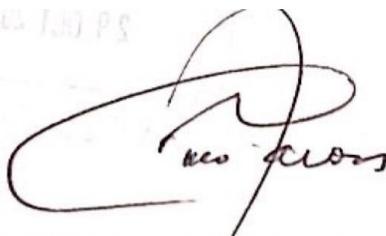
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



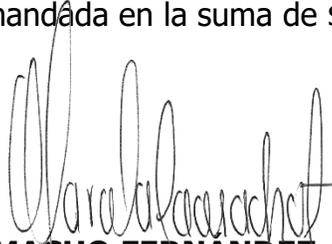
LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **JHON JAIRO GIL SANDOVAL** y a cargo de la demandada en la suma de \$250.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CLARA JUDITH CRUZ PARRA
Demandado: GINO FRANCESCO SURACE CLARK
Radicación: 17-2018-00523-01
Tema: HONORARIOS PROFESIONALES – CONFIRMA.

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Clara Judith Cruz Parra, instauró demanda ordinaria contra el señor Gino Francesco Surace Clark con el propósito de que se declare que el contrato de prestación de servicios suscrito con Merrie Christine Surace, cuyo objeto fue para representar a su hijo menor en proceso de sucesión de su señor padre Alessandro Surace Villegas, obliga en virtud de la Ley al citado demandado; que se pactó como honorarios por la gestión profesional el equivalente al 6% del valor comercial de los bienes adjudicados, los cuales debían ser cancelados dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación del trabajo de partición. En consecuencia, solicitó a su favor la suma de \$105.850.180, por concepto de honorarios profesionales, junto con los intereses moratorios, indexación y costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias pidió que se declare que el encartado debe pagar los honorarios correspondientes a la gestión realizada en su nombre y representación dentro del proceso de sucesión y, en consecuencia, se tasen los mismos de acuerdo con la naturaleza del asunto encomendado, junto con el pago de intereses moratorios, indexación y costas procesales.

En sustento de sus pretensiones señaló en síntesis que con la señora Merrie Christine Surace celebró un contrato de prestación de servicios profesionales el 16 de octubre de 2010, cuyo objeto era representar a su menor hijo Gino Francesco Surace Clark, en el proceso de sucesión de Alessandro Surace Villegas. Refirió que el proceso se tramitó ante el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Bogotá, bajo el radicado núm. 0180-2011, mismo que mediante auto del 25 de septiembre del 2015 aprobó la partición, hecho procesal que puso fin al proceso.

Sostuvo que, dentro del telar procesal, el menor representado Gino Francesco Surace Clark obtuvo la emancipación legal, circunstancia que lo llevó a ratificar el poder otorgado por su señora madre Merrie Christine Surace. Indicó que el objeto del contrato de prestación de servicios profesionales se cumplió y en tal virtud, solicitó al demandado el pago de honorarios profesionales, cuyo valor corresponde al 6% del valor comercial de los bienes que le fueran adjudicados. (Expediente digital, 2018-523 OK ACTA- CON RECURSO, pág. 36 a 40).

2. Contestación de la demanda. En respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones esbozadas en esta y frente a los supuestos fácticos aceptó los hechos 1° a 4°, 7°, 8° y los demás manifestó no admitirlos o constarle. En su defensa esgrimió que el contrato celebrado no es fuente de obligaciones a su cargo, por no haberlo suscrito, tampoco ratificado, ni cumplido los requisitos del artículo 304 del C.C. Propuso las excepciones de mérito que denominó no existir causa de obligaciones a cargo del demandado, no ser parte del contrato suscrito entre Marrie Cristine Surace y Clara Judith Cruz Parra, falta de ratificación por parte del menor emancipado del contrato celebrado entre estas, no haber cumplido con los requisitos exigidos por el artículo 304 del C.C. y genérica. (Expediente digital, 2018-523 OK ACTA- CON RECURSO, pág. 83 a 85, 88 y 89).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de mayo del 2021, en la que el fallador declaró no probadas las excepciones de falta de causa de las obligaciones y no ser parte del contrato suscrito y, en consecuencia, condenó al demandado a pagar a la señora Clara Judith Cruz Parra la suma de \$69.805.242, debidamente indexada, así como costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, centró su atención en determinar si el demandado resulta obligado a cubrir los honorarios a favor de la actora, siendo que cuando se suscribió el contrato de prestación de servicios era menor de edad y si aquel adeuda el valor reclamado de honorarios en la forma en que lo indica su demanda. Con tal propósito, señaló que no genera discusión que entre la señora Merrie Christine Surace, en calidad de representante legal del menor Gino Francesco Surace Clark y la actora se celebró un contrato de prestación de servicios profesionales, cuyo objeto consistió en adelantar en nombre del menor proceso de sucesión intestada del causante Alessandro Surace Villegas, padre del menor; tampoco que para la fecha de

suscripción del vínculo civil el demandado era menor de edad y por tanto incapaz para contraer obligaciones, por lo que hizo en su representación la citada señora.

Así las cosas, citó lo dispuesto en el artículo 312 y numeral 3° del artículo 314 del Código Civil y con base en ello advirtió que el demandado estuvo representado por la señora Merrie Christine Surace en la suscripción del contrato de naturaleza civil, dada su condición de menor de edad para dicha época, sin embargo, al cumplir la mayoría de edad se hizo sujeto de derechos y obligaciones, por lo que la representante legal quedó relevada de manera automática de la obligación contraída y en esa medida se hizo necesario que el poderdante ratifique el poder, lo que en efecto hizo, suscribiendo uno nuevo a favor de la abogada que lo venía representando en tal proceso.

De esta manera, sostuvo que el demandado se obligó en tanto que pasó a ser el titular de los convenios emanados de la gestión profesional que cumpliera la abogada contratada, por lo que debía definir los honorarios de aquella. Así, aludió a lo dispuesto en los artículos 2142 del Código Civil y 167 del CGP, como también al acervo probatorio allegado al proceso, para significar que la actora demostró en virtud del poder conferido a ella, la culminación del proceso de sucesión intestada, haciéndose acreedora a los honorarios, sin embargo, no en la forma como lo reclama, dado que si bien entre las partes se acordó el 6% del valor de los bienes reconocidos en la sucesión, empero, le correspondía a la abogada aportar copia del auto proferido por el Juzgado Segundo de Familia, por medio del cual se aprobó el trabajo de partición.

Bajo ese horizonte, indicó que con el folio de matrícula inmobiliaria solo se acreditó que al joven le fue adjudicado el 33% del bien inmueble y cuyo avalúo catastral corresponde a la suma de \$3.208.583, además, que con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Vicente y Vicente S.A.S., se observa que las acciones o cuotas de participación social también le fueron adjudicadas, por un valor total de \$94.000.000. Sin embargo, dijo que en aras de proteger el trabajo de la profesional del derecho y como quiera que se logró establecer que ella representó al demandado en el proceso de sucesión y los honorarios se acordaron por el 6% del valor comercial de los bienes que fueron reconocidos al enjuiciado, sus honorarios corresponden a un total de \$69.805.242.

Frente a los intereses moratorios expuso que no había lugar a su pago, en tanto que la actora no refirió el fundamento jurídico de la citada pretensión, además, en la medida que no se puede aplicar una tasa de interés comercial a dicha obligación, pues así no fue de manera expresa señalada en el contrato de prestación de servicios. (Expediente digital, audio: AUDIENCIA VIRTUAL 2018-523 DE CLARA CRUZ VS GINO SURACE CLARK-20210527_152626-Grabaci+|n de la reuni+|n)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Formuló recurso de apelación indicando que el porcentaje reconocido no corresponde al 33% del valor del inmueble adjudicado en la carrera 7 No. 61 – 24 de la ciudad de Bogotá, cuyo valor catastral es \$3.208.583.000, que según la ley se aumenta en un 50% para obtener el valor comercial, el cual, dividido en 13 herederos, arroja un monto de \$1.604.291.500, suma adjudicada en el proceso, razón por la cual, el valor de sus honorarios debió corresponder a \$96.257.490. Consideró que los valores que le fueron asignados en las diferentes sociedades y dentro de la sociedad su valor es del 33% de su propiedad, luego esos valores deben ser incluidos dentro de los honorarios que se le deben pagar, para un total de \$105.850.180, así como los intereses moratorios desde el momento en que se hizo exigible la obligación.

4.2. Recurso de apelación de la parte demandada. En su alzada esgrimió que el A quo basó su sentencia en la legalidad del contrato de prestación de servicios, sin tener en cuenta que el mismo no reúne requisitos legales, en tanto que existen normas superiores relacionadas con la protección de los menores que se establece en el artículo 304 del Decreto 2820 de 1974, que obliga a todos los guardadores a prestar ciertas solemnidades para iniciar su cargo. Indicó que esas faltas de formalidades previas que deben ejercer los guardadores para iniciar sus labores son de orden público y prevalecen sobre cualquier otro tipo de consideración.

Refirió que la guardadora adelantó un contrato prohibido, lo que genera nulidad absoluta de dicho contrato, razón por la cual, no existiendo, tampoco es obligatorio para el demandado el pago de honorarios, a más porque la labor profesional no se terminó, dado que para adelantar el proceso de sucesión debió liquidarse la sociedad conyugal vigente o patrimonial que está plenamente demostrada en el expediente. Indicó que no ratificó el poder y, por tanto, no puede ser obligado a pagar los honorarios en el que tampoco fue parte. (Expediente digital, audio: AUDIENCIA VIRTUAL 2018-523 DE CLARA CRUZ VS GINO SURACE CLARK-20210527_152626-Grabaci+!n de la reuni+!n)

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- i) ¿De conformidad con las estipulaciones del contrato de mandato suscrito con Merrie Christine Surace, en calidad de representante legal der Gino Francesco Surace Clark, la abogada Clara Judith Cruz Parra, le asiste derecho a percibir honorarios profesionales en cuantía del 6% de las resultas del proceso de sucesión intestada que se adelantó ante el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá D.C.?
- ii) ¿La abogada tiene derecho al reconocimiento y pago del monto total de los honorarios pactados con base en el avalúo comercial que realizó sobre el bien inmueble objeto de partición, así como las cuotas sociales de las cuales se benefició el demandado en virtud del proceso de sucesión citado?

Contrato de Prestación de Servicios Profesionales y su cumplimiento.

Para resolver los problemas jurídicos que llaman la atención de la Sala, se debe recordar que el régimen legal que regula la prestación de servicios de aquellas profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que por causa del vínculo la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujeta a las reglas del mandato, tal y como lo dispone el artículo 2144 del Código Civil.

En tal virtud y con arreglo a los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, el mandato es un contrato por el cual una persona confía a otra la gestión de uno o más negocios, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, a título gratuito o remunerado; dentro de sus características está la de ser consensual, no requiere de formalidades especiales, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas o verbalmente y, aún con la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, por lo que, se perfecciona con la aceptación del mandatario, tal y como señala los artículos 2149 y 2150 Ibidem.

Es de suponer que cualquier ejercicio genere honorarios, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que la onerosidad es un elemento de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, pero no esencial, por cuanto que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, es legalmente permitido que quien presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita, o que su retribución sea en forma aleatoria, como cuando se confina a la obtención de un resultado. De manera que los artículos 2142, 2144 y 2184 del Código Civil, señala que los honorarios se reducen a lo pactado entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regularlos.

En ese orden de ideas, como a las partes ha quedado la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, es ese pacto la fuente que normalmente define la

controversia generada en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato, sin embargo, cuando ello no obra y se acude a la jurisdicción para buscar su fijación, ello es indicativo de que el profesional ha prestado sus servicios en forma remunerada, de donde corresponde la carga de la prueba, al tenor del artículo 167 del CGP, acreditar además del servicio, la gestión misma para examinar su calidad, cantidad, duración, entre otros aspectos que le permitan al juez definir su remuneración; o en su defecto, la parte contra quien se aduce, acreditar que dichos servicios fueron prestados en forma gratuita o se pactaron bajo alguna modalidad distinta a la alegada por su contendor, caso en el cual el funcionario judicial se puede apoyar para dicha fijación, tanto en documentos, testigos, o en la ayuda pericial.

Así las cosas, se entrará a definir la existencia del vínculo contractual y si los honorarios en verdad se causaron, para luego determinar su valor. Para efectos de lo anterior, se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto, aportadas al plenario, conforme lo determina el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Siendo así, la parte demandante señala en el libelo genitor que prestó sus servicios profesionales de abogada con la suscripción del contrato civil con la señora Merrie Christine Surace, quien actuó en calidad de representante legal del menor Gino Francesco Surace Clark, del cual reclama ahora a este último el pago de honorarios, dada la gestión que realizó en cumplimiento del objeto del contrato.

Bajo el anterior supuesto, nos situamos en el asunto a decidir, observando que de las pruebas documentales aportadas al proceso se establece que entre la señora Merrie Christine Surace, quien actuó en calidad de representante legal del menor Gino Francesco Surace Clark y la profesional del derecho Clara Judith Cruz Parra, celebraron el 16 de octubre del 2010 contrato de prestación, cuyo objeto, fundamentalmente radicó en que:

"PRIMERA.- LA MANDANTE señora MERRIE CHISTINE SURACE, ha conferido PODER ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE, a la doctora CLARA JUDITH CRUZ PARRA, para que en su nombre y representación, de su menor hijo GINO FRANCESCO SURACE, tramite (SIC) el PROCESO DE SUCESION INTESTADA DEL SEÑOR ALESSANDRO SURACE VILLEGAS, quien se identificada con la cédula de ciudadanía N° 79.281.190 de Bogotá y quien falleció en Bogotá el día dieciséis (16) de agosto de dos mil diez (2010)"

En tal virtud, la mandataria en representación del aquí demandado, quien se repite actuó a través de su representante legal, dada la condición de menor que ostentó para aquella data y previo otorgamiento del respectivo poder, desplegó labor profesional como abogada en el proceso que aquel instauró en el Juzgado Segundo de Familia de esta ciudad y que se contrae en síntesis a la presentación de proceso de sucesión intestada del señor Alessandro Surace Villegas, el auto que declara abierto y reconoce personería a la actora, ratificación del poder por el enjuiciado una vez cumplió la

mayoría de edad y trabajo de partición llevado a cabo ante dicha autoridad judicial.

(Expediente digital, 2018-523 OK ACTA- CON RECURSO, págs. 15 a 40).

Así las cosas, de la documental atrás reseñada, no existe dubitación alguna para la Sala, que existió una verdadera prestación de un servicio profesional como abogada en el proceso de sucesión intestada llevado ante el Juzgado Segundo de Familia de esta ciudad, en el que se evidencia que estuvo presente en el trámite procesal desde el momento en que se inició su actividad judicial, esto es, desde la en que se le confirió poder para la tramitación de la demanda, mismo que fue ratificado con posterioridad por el demandado, al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta el día en que presentó el trabajo de partición.

Prestación de servicios profesionales de abogacía que no puede ser invalidada por el hecho de que el señor Gino Francesco Surace Clark propiamente no suscribió el contrato civil o porque su guardadora no prestó ciertas solemnidades para iniciar tal acto, cuando quiera que la señora Merrie Christine Surace no actuó con calidades de guardadora en virtud de lo señalado en el artículo 1306 de 2009, pues es claro que lo hizo como representante legal derivada del ejercicio de la patria potestad que le está reservada y que surgió dada la imposibilidad de ejercer directamente sus derechos o deberes con ocasión a su condición de menor para la época de celebración del nexo contractual, por ende, requería de su representante (en este caso su señora madre) para la suscripción en su nombre, como si hubiera sido realizado directamente por aquél, quien a su vez, tenía la obligación de garantizar la existencia de una representación judicial diferente a la que en su condición de representante legal le corresponde, de conformidad con el artículo 306 del Código Civil, modificado por el artículo 39 del Decreto 2820 de 1974; representación que culmina con la emancipación que pone fin a la patria potestad, como cuando cumple la mayoría de edad, tal cual lo dispone el artículo 312 y numeral 3º del artículo 314 del misma norma adjetiva; de allí que sean desacertados los argumentos de la apelación, para pretender la nulidad del acto jurídico.

Ahora, huelga precisar, que dada la forma en que se encuentra planteada la censura, surge evidente que se le quiere imputar al A quo, no haber valorado dentro del trámite del proceso ante el Juez de Familia, que la actora no liquidó la sociedad conyugal o patrimonial, para efectos de culminar el proceso de sucesión intestada; aspectos que, a más de ser absolutamente extemporáneos, dado que esa circunstancia en la contestación de la demanda ni siquiera fue esgrimida, no tienen ninguna trascendencia en este asunto, a más de que este Tribunal no puede calificar si hubo dentro de tal acto judicial vicios o equivocaciones en el procedimiento allí surtido, máxime cuando se colige de los medios de persuasión anotados, que la aquí actora acreditó que cumplió a cabalidad con el objeto del contrato, pues, actuó dentro de las distintas etapas procesales, encaminados a intentar un resultado favorable a los intereses de su prohijado, en armonía a sus conocimientos jurídicos, es decir, sus actuaciones fueron

enfocadas a que Gino Francesco Surace Clark le fueran adjudicados bienes en el proceso de sucesión intestada.

Con todo lo anterior evidencia que en efecto la abogada Malavera Cruz Parra ejerció la representación del demandado dentro del proceso de sucesión intestada que cursaba en el Juzgado Segundo de Familia de este Circuito Judicial y aunque la Sala no pasa por alto que la accionante se abstuvo de allegar la providencia que finalmente aprobó la partición o adjudicación de bienes a lo coherederos, entre esos, el hoy enjuiciado, no obstante, tal falencia probatoria no enerva la acreditación del cumplimiento del objeto contractual, sino, incidirá al momento de verificar las sumas por conceptos de honorarios. Ello en atención a que yace dentro del plenario el folio de matrícula inmobiliaria núm. 50C-138381, cuya anotación núm. 12 da cuenta que le fue adjudicado como motivo de la sucesión el 33.33% de la cuota parte del bien inmueble con dirección catastral AK 7 61 -24 de esta ciudad; además, obra el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Vicente y Vicente S.A.S. en el que se denota que le fue adjudicadas cuotas sociales.

Así las cosas, la Sala concluye que entre las partes existió un contrato de servicios profesionales cuyo objeto fue la representación dentro del proceso de sucesión intestada, mandato que su cumplió a cabalidad por la aquí demandante, tal y como con acierto lo coligió el Juzgado de primer grado en la providencia apelada, imponiéndose, entonces, su confirmación.

Honorarios profesionales

Sentado lo anterior, corresponde a la Sala determinar si medió entre las partes la voluntad de fijar honorarios causados en el ejercicio del mandato, para efectos de verificar si el A quo se equivocó al tasarlos, como lo advierte la censura, pues considera que su valor corresponde a la suma de \$105.850.180, de cara a la cláusula contractual celebrada.

Como se plasmó en líneas atrás expuestas, los artículos 2142, 2144 y 2184 del Código Civil, disponen que los honorarios se ciñen a lo pactado entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regular los honorarios. Acorde a lo indicado, en este asunto se encuentra probada la forma de remunerar los servicios prestados por la actora en su función de abogada del demandado al inició del nexo contractual celebrado, ello en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales, que en cuya cláusula cuarta quedó anotado lo siguiente:

*"**CUARTA.** - Como honorarios profesionales, **LA DEMANDANTE**, se compromete a pagar a la **MANDATARIA** el valor que corresponda al **SEIS POR CIENTO (6)**, del valor comercial de los bienes que le sean reconocidos en la sucesión a favor de **GINO FRANCESCO (sic) SURACE**, a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la aprobación del trabajo de partición por el Juez que tramite (sic) el proceso de sucesión."*

A juicio de esta Sala, son dos las situaciones particulares que se desprenden dicha cláusula. La primera ella es el monto que será el equivalente al 6% del valor comercial de los bienes que se adjudiquen; y la segunda su plazo, es decir, está sujeta a que el poderdante dentro de los 6 meses siguientes a la adjudicación de bienes, sufrague el valor al que se obligó con el mandatario. En esos términos, al no existir discusión sobre la fecha en que fueron adjudicados los bienes al demandado, que lo fue el 25 de septiembre de 2015, en tanto que fue un hecho admitido por la demandada en su contestación al libelo introductor, le surge a la demandante acreditar el valor comercial de estos, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Bajo ese horizonte, como se dijo, la actora no cumplió con lo correspondiente, es decir, no allegó la sentencia aprobatoria de la partición dentro del proceso de sucesión del causante Alessandro Surace Villegas, con su correspondiente ejecutoria, para establecer qué bienes le fueron adjudicados de acuerdo con la hijuela que el partidor conformó a su favor, para que a partir de allí se pudiera fijar el porcentaje correspondiente a la abogada, pretendido en el libelo incoatorio, entre otras cosas, los porcentajes sobre cuotas sociales diferentes a las adjudicadas en la sociedad Vicente y Vicente S.A.S., que sirvió como fuente para establecer el monto de los honorarios a la gestora de la Litis.

Ahora, pese a dicha omisión, se allegó como medio persuasivo el folio de matrícula inmobiliaria núm. 50C-138381, en el que se explica que al enjuiciado le fue adjudicado el 33% como cuota parte del bien inmueble; probanza que sirvió, para que el A quo también tomará como referente en la tasación de los honorarios de la promotora del proceso.

No obstante, con importante relevancia para el caso, se advierte que era obligatorio demostrar que el bien inmueble esté correctamente avaluado al año 2015, para así establecer su valor comercial, por así pactarlo las partes, situación que brilla por su ausencia en el plenario, ya que no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar tal aspecto, no siendo dable como lo pretende la censura que el avalúo catastral que se encuentra contenido en el impuesto predial arrimado al cartapacio, se aumente en 50% para establecer su valor comercial. Nótese que aquello no fue pactado en el contrato de prestación de servicios, de cara a la cláusula expuesta, además, contrario a la apelante, ninguna norma lo dispone así. Acotando, que tampoco podría servir como referente para la estimación del valor comercial, el avalúo catastral que se indica en el impuesto predial del año gravable 2016, como erradamente lo coligió el A quo, en tanto que este último no valora el precio real que tiene un inmueble en el mercado inmobiliario.

En esa dirección, tal avalúo no puede tenerse como parámetro para establecer el monto de honorarios a condenar, ni tampoco puede ser de recibo que se aumente a dicho valor el 50%, para efectos de proyectar el avalúo comercial, como lo justifica la

recurrente, en razón a que esta Sala no le es dado desconocer la voluntad contractual de las partes cuando estas pretendieron limitar los honorarios a partir del avalúo comercial de los bienes inmuebles dados en sucesión para al año 2016, de esta suerte, siendo que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, tampoco puede ser invalidado a propio mutuo por la actora, en términos del artículo 1602 del Código Civil.

Bajo dichas condiciones, al no encontrar punto de partida y sobre el cual se pueda tasar los citados honorarios del profesional del derecho, siendo de resorte exclusivo de la demandante probar tal acontecimiento, no es posible acoger los argumentos de la apelante y fijar su remuneración como lo pretende. Por tanto, con total independencia de lo atinada que pudiera ser la sentencia de primer grado, la misma se mantiene incólume, pues no sobra precisar que la parte demandada no reprochó la forma en que el A quo obtuvo la base para aplicar el porcentaje del 6% que pactaron las partes en el contrato de prestación de servicios.

Por todo lo anterior, se confirmará por esta Sala de Decisión Laboral en lo que hace este punto de apelación la sentencia de primer grado.

Intereses moratorios

En lo que hace a los intereses moratorios, a juicio de la Sala no es viable imponer el pago de los mismos, de allí que no se observe ningún error en la decisión del cognoscente de primer grado al negarlos, dado que de conformidad con la naturaleza del vínculo civil que los unió, únicamente es dable aplicar el artículo 1617 del Código Civil, disposición que establece los intereses legales, equivalentes al 6% anual, ante la falta de estipulación expresa de las partes en tal sentido; precepto legal que suple la voluntad de las partes cuando aquellos no autorizan el cobro de perjuicios a la tasa máxima prevista, cuando quiera que se genere la obligación de pagar réditos de un capital. En esas condiciones, al no quedar expresamente autorizado convencionalmente el pago de intereses moratorios a la tasa máxima legal por las partes no es dable acceder a los mismos. Ahora, como quiera que no fueron pedidos intereses legales por la activa, corresponde entonces la indexación de las sumas condenadas, ante su evidente devaluación, como bien lo determinó el A quo.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la sentencia confutada.

Costas

Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo del 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

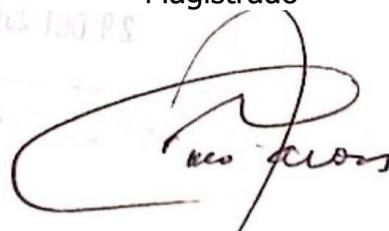
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DANIEL MARTINEZ FRANCO
Demandado: DORIS AMANDA GARZÓN ZAMORA
Radicación: 110013105-008-2019-00519-01
Tema: HONORARIOS PROFESIONALES – CONFIRMA.

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Daniel Martínez Franco, instauró demanda ordinaria contra Doris Amanda Garzón Zamora con el propósito de que se declare que la demandada incumplió el contrato de prestación de servicios del 25 de abril de 2016, y en consecuencia, se condene al pago de \$3.000.000 por concepto de honorarios por el reconocimiento pensional a la demandada, al pago de \$30.815.915 por concepto de honorarios de conformidad con las tarifas del Colegio Nacional de Abogados e Impera Abogados, o el valor que resulte probado en el proceso por las gestiones encaminadas a la obtención del retroactivo pensional, intereses e indexación, se condene a la cláusula penal por valor de \$2.484.348, al impuesto IVA del 19% sobre los valores condenados, la indexación y las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones señaló en síntesis que con fecha 25 de abril del 2016, suscribió contrato de prestación de servicios con la sociedad Impera Abogados SAS, pactándose como honorarios el 30% más IVA por los valores reconocidos en el objeto del contrato, y en caso de no otorgarse el retroactivo pensional se pagaría el valor de \$3.000.000; que inicialmente la sociedad Impera Abogados SAS asignó el abogado Gustavo Sarmiento Ortiz, y posteriormente a partir del 12 de enero de 2017, la firma de abogados asignó al aquí demandante como apoderado de la señora Garzón; que obran gestiones desde el 16 de enero de 2017 hasta el 15 de noviembre de 2017, fecha en la cual la demandada revocó los poderes otorgados, incluido el del aquí demandante; que el 28 de diciembre de 2017 IMPERA le contesta a la actora que la terminación del contrato se entiende sin justa causa y se dará aplicación a la cláusula penal del contrato de prestación de servicios; que el 29 de noviembre de 2017 se recibe carta de la demandada prorrogando el contrato con sujeción al éxito de la acción de tutela interpuesta contra Colpensiones; que continuó ejerciendo la representación judicial de la demandada, pero por presiones de la señora Garzón, la Directora Jurídica de Impera Abogados le emite paz y salvo; que la Directora Jurídica no tenía el proceso

a cargo, ni tampoco la autorización del aquí demandante terminar el contrato de prestación de servicios; que el 31 de enero de 2018 COLPENSIONES expide la resolución SUB23900 del 29 de enero de 2018 en la que reconoce y ordena el pago de la pensión especial de alto riesgo; que el 17 de febrero de 2018 se coloca en conocimiento de ese acto administrativo ante la demandada, solicitándole igualmente que debe pagar los honorarios; que dada la revocatoria del poder, no pudo seguir realizando las gestiones de cobro del retroactivo, intereses e indexación; que en junio y octubre de 2018 y febrero de 2019 se le reiteró a la demandada que debe cancelar los honorarios; que el 29 de mayo de 2019 se radica carta ante la demandada solicitando el pago de los honorarios (Fols. 1 a 12).

2. Contestación de la demanda. Doris Amanda Garzón Zamora contestó la demanda a través de curador ad litem, quien aduce como defensa que no presenta oposición a las pretensiones, toda vez que desconoce los fundamentos de hecho en los cuales se basa, por lo que se atiene a lo que resulte probado. Igualmente, manifiesta que de la lectura de la resolución SUB23900 del 29 de enero de 2018, no existió reconocimiento de retroactivo alguno ni intereses de mora. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y toda otra que resulte probada (Fols. 416 a 417).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de septiembre del 2021, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Daniel Martínez Franco, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absteniéndose de gravar en costas.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, centró su atención en el contrato de prestación de servicios allegado, aduciendo que no era objeto de discusión el objeto y las gestiones realizadas; empero, tuvo en cuenta el paz y salvo firmado por la representante legal de Impera Abogados, la apoderada Katherine Martínez Roa y la demandada, en el que se da por terminado el contrato de prestación de servicios, razón más que suficiente para declarar la improcedencia de las pretensiones elevadas por el actor.

De igual manera, en lo que refiere a la cesión del contrato de Impera al aquí demandante, consideró que tal contrato se celebró con posterioridad a la firma del paz y salvo, y no fue comunicado a la demandada, razón por la cual no le es oponible, y por ende, tampoco puede apreciarse que haya existido contrato de prestación de servicios entre las partes aquí contendientes.

Finalmente, señaló que debía dársele total validez al paz y salvo firmado por Impera y la demandada, con lo cual, resultan imprósperas las pretensiones del actor (Fols. 424 a 425 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandante formuló recurso de apelación indicando que debe accederse a las pretensiones, pues respecto al tema del paz y salvo, aquel documento no se desconoce, pero desde la demanda se indicó que la doctora Katherine Martínez Roa no tenía a cargo el proceso de la aquí demandada, además que ella tenía la calidad de directora jurídica y no como apoderada en el proceso administrativo de reconocimiento pensional a favor de la aquí demandada; que al no ser apoderada de la demandada, no tenía la facultad para suscribir el paz y salvo; que el paz y salvo se firmó en su ausencia, además de no haber sido consultado; que "cuál es la interpretación que debe dársele al paz y salvo", pues no existe sustento

jurídico que delimite su alcance, además que no extingue las obligaciones, y mucho menos si no está firmado por la persona que ejerció la representación judicial; que respecto de la cesión del contrato, el mismo sí fue comunicado, tal como fue relatado en el hecho 74 y la prueba documental No 71, por lo que surtió efectos jurídicos.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandante alegó en su favor que el paz y salvo, no tiene una fuente normativa, ni es una institución jurídica reconocida, eximente de responsabilidad, o extintor de obligaciones en el ordenamiento jurídico

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- i) ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento de honorarios profesionales por la representación judicial dispensada a favor de la demandada?
- ii) O, por el contrario, como lo concluyó el a quo que, pese a la existencia del contrato de prestación de servicios, ¿el paz y salvo firmado por Impera y la demandada es válido y exonera de los conceptos reclamados a favor del demandante?

Contrato de Prestación de Servicios Profesionales – Honorarios -

Para resolver los problemas jurídicos que llaman la atención de la Sala, se debe recordar que el régimen legal que regula la prestación de servicios de aquellas profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que por causa del vínculo la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujeta a las reglas del mandato, tal y como lo dispone el artículo 2144 del Código Civil.

En tal virtud y con arreglo a los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, el mandato es un contrato por el cual una persona confía a otra la gestión de uno o más negocios, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, a título gratuito o remunerado; dentro de sus características está la de ser consensual, no requiere de formalidades especiales, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas o verbalmente y, aún con la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, por lo que, se perfecciona con la aceptación del mandatario, tal y como señala los artículos 2149 y 2150 *Ibidem*.

Por lo anterior, es de suponer que cualquier ejercicio genere honorarios, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que la onerosidad es un elemento de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, pero no esencial, por cuanto que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, es legalmente permitido que quien presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita, o que su retribución sea en forma aleatoria, como cuando se confina a la obtención de un resultado. Por manera que los artículos 2142, 2144 y 2184 del Código Civil, señala que los honorarios se reducen a lo pactado en entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regularlos.

Así las cosas, en el sub examine se tiene que la demandada suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales con la sociedad IMPERA ABOGADOS S.A.S. el 25 de abril de 2016 (Fols. 13 a 14), cuyo objeto consistía en designar a un abogado con el fin de lograr el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, el retroactivo y los intereses moratorios, gestión que podría realizarse administrativamente ante COLPENSIONES o judicialmente, en la que además se pactaron los honorarios profesiones y la forma de pago, de la siguiente manera:

"El mandante cancelará a LA SOCIEDAD el 30% más IVA de POR LOS VALORES RECONOCIDOS EN LOS CONCEPTOS MENCIONADOS EN LA CLAUSULA PRIMERA, ESDECIR SOBRE EL RETROACTIVO Y SOBRE LOS INTERESES DE MORA, EN CASO DE QUE NO SE OBTENGA EL VALOR DEL RETROACTIVO SE PAGARÁ EL VALOR DE TRES MILLONES DE PESOS M/CTE \$3.000.000"

Ahora, inicialmente IMPERA ABOGADOS S.A.S. designó como abogado a Gustavo Sarmiento Ortiz, quien adelantó algunas gestiones administrativas, tales como consta a folios 21 a 83; y posteriormente, el 16 de febrero de 2017 se evidencia una comunicación (Fol. 77 a 78) dirigida a la demandada en la que se le requiere para que se acerque a firmar y tramitar nuevos poderes a nombre de Katherine Martínez Roa y Daniel Martínez, debido a que el abogado Gustavo Sarmiento ya no los acompaña en la empresa, y en virtud de ello, a folios 73 a 76 obran dos poderes, en la que Katherine Martínez Roa funge como abogada principal y Daniel Martínez Franco como abogado sustituto.

Se detalla también que a folio 150 a 151 obra un "paz y salvo" datado el 26 de enero de 2018, en la cual las partes (Impera Abogados SAS y Doris Amanda Garzón Zamora) se declaran *"en paz y salvo por concepto de honorarios profesionales causados por el contrato de prestación de servicios suscrito el día 25 de abril de 2016"*.

Se aprecia igualmente que el 28 de mayo de 2019 (Fols. 173 a 174) se firmó un contrato de cesión de derechos entre Impera Abogados SAS a través de su representante legal, y el abogado Daniel Martínez Franco, respecto a los derecho patrimoniales del contrato celebrado entre Impera Abogados SAS y Doris Amanda Garzón Zamora el 25 de abril de 2016, cuyo objeto es *"iniciar el trámite correspondiente por parte del Cesionario para la obtención de los honorarios pactados en dicho contrato y la cláusula penal, bien sea mediante incidente de regulación de honorarios o mediante demanda ante la jurisdicción"*; contrato que fue comunicado a la demandada el 08 de junio de 2019, tal como consta en documento de folio 175.

Del análisis conjunto del material probatorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y atendiendo a la conducta procesal observada por las partes, así como a los preceptos civiles referidos, aplicables al caso concreto, colige la Sala que el contrato de prestación de servicios que unía en su momento a Impera Abogados SAS y Doris Amanda Garzón Zamora, en la que el actor fungía como abogado asignado por Impera Abogados SAS finalizó por mutuo acuerdo entre las partes, declarando la sociedad Impera Abogados SAS en "paz y salvo" a la señora Doris Amanda Garzón Zamora por concepto de honorarios causados por el contrato de prestación de servicios suscrito el 25 de abril de 2016, y en ese horizonte, resulta sorpresivo para la demandada que un año después de haber finalizado cualquier relación contractual con Impera Abogados SAS, se vea compelida a tener que cumplir lo pactado en el contrato celebrado el 25 de abril de 2016, cuando el mismo, desde el 26 de enero de 2018 finiquitó con el respectivo paz y salvo.

De igual manera, si bien es cierto el aquí demandante allega las diferentes gestiones realizadas como abogado de la demandada, debe tenerse en cuenta que su designación fue realizada por Impera Abogados SAS en cumplimiento del objeto del contrato de prestación de servicios profesionales firmado el 25 de abril de 2016, mismo que se itera finalizó el 26 de enero de 2018, y por ende, no tendría legitimación en la causa para pedir a través de este proceso judicial el pago de honorarios profesionales, pues la relación jurídico- contractual fue entre Impera Abogados SAS y Doris Amanda Garzón Zamora.

Por otro lado, se trae al cartulario un contrato de cesión de derechos entre Impera Abogados SAS, y el aquí demandante, donde la primera le cede los derechos patrimoniales del contrato que había suscrito Doris Amanda Garzón Zamora el 25 de abril de 2016 con Impera Abogados SAS; sin embargo, debía el profesional del derecho percatarse que el contrato de prestación de servicios ya había finalizado, declarando a la señora Doris Amanda Garzón Zamora en "paz y salvo" por concepto de honorarios, aunado a que, el "paz y salvo" no quedó condicionado, ni tampoco con cláusulas que ameriten entender que sí con posterioridad se reconociera la pensión especial de alto riesgo debía la demandada reconocer alguna suma de dinero por concepto de honorarios, pues precisamente aquella es la postura del demandante, quien alude no desconocer el "paz y salvo", pero que al haberse reconocido la prestación con posterioridad a la firma de tal "paz y salvo" le habilita para solicitar el cumplimiento de la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios profesionales, aspecto que no es de recibo, pues muy a pesar de la gestión realizada por el demandante, fue la misma representante legal de Impera Abogados SAS quien suscribió el "paz y salvo" dando por finalizado el contrato que tenía la demandada con Impera Abogados S.A.S.

Asimismo, alude el actor que el "paz y salvo" no fue firmado por él y que por ello debe restársele validez; sin embargo, olvida que para el 26 de enero de 2018 fungía como abogado suplente y asignado por la sociedad Impera Abogados SAS, por lo que no era necesaria su rúbrica en el "paz y salvo", pues la relación contractual, independientemente del abogado asignado era entre Doris Amanda Garzón Zamora e Impera Abogados SAS, y por ende, al estar suscrito el multimencionado "paz y salvo" entre las partes contratantes, ninguna irregularidad se presenta en torno a la validez de tal acto, situación diferente es que la sociedad Impera Abogados SAS no le haya consultado o pedido su concepto al respecto, pero ello, ya es un tema que desborda la competencia de esta Sala.

De igual manera, debe tenerse en cuenta el canon 1603 del Código Civil que estipula que *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"*, ello, en la medida en que el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el 25 de abril de 2016, finalizó por las partes contratantes el 26 de enero de 2018, razón por la que, llama poderosamente la atención que Impera Abogados SAS suscriba con el actor un contrato de cesión de derechos de un contrato que ya había finalizado hace más de un año, y en la que al momento de suscribir el "paz y salvo" nada se dijo respecto de las circunstancias futuras en relación al trámite administrativo de reconocimiento pensional que estaba adelantando la demandada a través de Impera Abogados SAS.

En esa medida, al estar ajustada a derecho la decisión de instancia, no queda para la Sala otra disyuntiva que confirmar la decisión de instancia en su integridad.

Costas

En segunda instancia no se impondrán costas por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

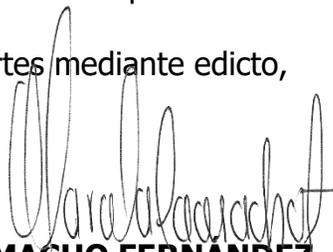
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre del 2021, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

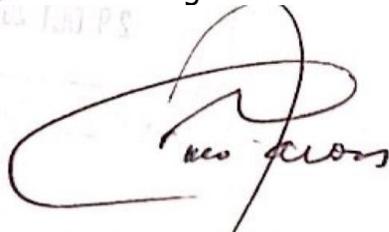
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LEONARDO PIESCHACÓN GUTIERREZ
DEMANDADO: RCN TELEVISIÓN S.A.
RADICACIÓN: 110013105-018-2019-00542-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: TRABAJO IGUAL- IGUAL SALARIO

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LEONARDO PIESCHACÓN GUTIÉRREZ instauró demanda ordinaria contra RCN TELEVISIÓN S.A., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, inicialmente pactado por 4 meses, a partir del 6 de mayo de 2016, prorrogado sucesivamente, finalizando el 04 de marzo de 2019 por decisión unilateral de la demandada; declarar que bajo el principio de "a trabajo igual, salario igual" debe ser reconocido en el cargo de Ejecutivo Comercial Eventos; declarar que el verdadero salario corresponde a la suma de \$8.962.915 para el año 2016, \$ 9.591.000 para el año 2017, \$10.157.000 para el año 2018, y \$10.765.508 para el año 2019. En consecuencia, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la diferencia salarial desde el 6 de mayo de 2016 hasta el 4 de marzo de 2016, reliquidación de las vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, indemnización por despido sin justa causa, aportes a la seguridad social, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue contratado por RCN TELEVISIÓN S.A. mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 6 de mayo de 2016, inicialmente por 4 meses, prorrogado automáticamente; que el cargo para la cual fue contratado era el de Ejecutivo Comercial Eventos, reconociéndose un salario de \$2.500.000 para el año 2016, \$2.638.000 para el año 2017, \$2.755.000 para el año 2018, y \$2.842.609 para el año 2019; que además del salario, percibía comisiones por ventas como resultado de la labor comercial para la cual fue contratado; que la sociedad demandada dio por finalizado de manera unilateral el contrato de trabajo sin justa causa el 4 de marzo de 2019; que dentro de la planta de personal habían otras personas que desempeñaban el cargo de Ejecutivo Comercial de Eventos, entre los cuales se encontraba el señor José Martín Paredes Aponte, quien estaba

vinculado mediante contrato de trabajo, desarrollaba idénticas funciones, y devengaba el salario de \$8.692.915 para el año 2016, \$9.591.000 para el año 2017, \$10.157.000 para el año 2018, y \$10.765.508 para el año 2019; que el salario básico era notoriamente distinto y discriminatorio; que desempeñaban las funciones en las mismas instalaciones de la entidad; que cumplían la misma jornada laboral; que se dedicaban a la labor comercial y por ello percibían comisiones que correspondían al 0.4% sobre pautas realizadas; que al momento de ser contratado no se le advirtió que el factor determinante para la diferencia salarial era la formación académica o experiencia.

En reforma a la demanda, señaló que dentro de la estructura organizacional de la empresa, se encontraba el área de Eventos Especiales, conformada por un Gerente Comercial y por Ejecutivos Comerciales de Eventos; que el Gerente Comercial era el señor Hernando Nieto Chacón, pertenecía a esa área y se encontraba subordinado al Gerente Comercial; que la labor asignada consistía en la venta de pauta publicitaria a clientes del demandado, para ser publicada durante o en torno a los eventos deportivos; que los eventos deportivos sobre los que el demandante y el señor José Martín Paredes Aponte desarrollaban su labor comercial o de venta eran los mismos (fs. 3 a 8 y 136 a 137).

2. Contestaciones: RCN TELEVISIÓN S.A. Al contestar la demanda aceptó el vínculo laboral entre las partes, precisando que el contrato finalizó de manera unilateral y sin justa causa, reconociendo la indemnización de que trata el artículo 28 de la Ley 789 de 2002; que en lo referente a la discriminación salarial, manifestó que el nivel de compromiso entre el demandante y el señor José Martín Paredes no eran equiparables, ya que si bien ambos realizaban una labor comercial, estos tenían asignados eventos significativamente diferentes, en relevancia y magnitud para el canal, por lo que no resulta posible compararlos. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, compensación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, abuso del derecho, y la genérica (Fols. 102 a 112, y 144).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de julio del 2021, en la que el fallador de instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual estuvo vigente entre el 16 de mayo de 2016 y el 4 de marzo de 2019; declaró que el salario que debía ser reconocido al demandante corresponde a la remuneración establecida para el cargo de "Ejecutivo Comercial Eventos", en aplicación de lo establecido en el artículo 143 del CST, en consecuencia, condenó al reconocimiento y pago de \$239.788.352 por concepto de diferencia salarial, \$6.328.270,94 por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones para el año 2016, \$18.216.860 por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones para el año 2017, \$19.393.240 por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones para el año 2018, y \$3.551.336,73 por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones para el año 2019; condenó a la suma de \$ 15.444.673 por diferencia en la indemnización por despido injusto, suma que deberá ser indexada; ordenó efectuar los aportes a la seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta el salario de \$6.462.915 para el año 2016, \$6.953.000 para el año 2017, \$7.402.000 para el año 2018, \$7.922.899 para el año 2019; declaró no probadas las excepciones propuestas, y gravó en costas a RCN TELEVISIÓN S.A.

Para tomar su decisión, indicó que en primer término que no era objeto de disenso la existencia de la relación laboral a través de un contrato a término fijo con fecha de

iniciación del 6 de mayo de 2016 al 4 de marzo de 2019, ejerciendo el cargo de ejecutivo comercial de eventos especiales, procediendo a estudiar la procedencia de la aplicación del principio de trabajo igual salario igual, ante lo cual manifestó que le correspondía a la entidad demandada demostrar la diferencia razonable o razones objetivas en la diferencia salarial existente entre el demandante y el señor José Martín Paredes Aponte, quien también ejercía el cargo de ejecutivo comercial de eventos especiales.

Empezó por señalar que el demandante y el señor José Martín Paredes Aponte ejercieron el mismo cargo y las mismas funciones, y a pesar de que el representante legal manifestó que las funciones eran diferentes, no existe en el expediente el manual de funciones o que las mismas se hayan estipulado en el contrato de trabajo, y que a pesar de que se aportó otro sí, el mismo solo hace referencia a condiciones del trabajo y no del cargo; que de conformidad con los testigos, se pudo establecer que los dos trabajadores tenían los mismos clientes, diferenciándose en que se rotaban los mismos; que el salario era fijado por el testigo Antonio José Gómez, quien es vicepresidente comercial del canal RCN, cuyo parámetro era subjetivo.

Que la sociedad demandada no demostró con objetividad la razón de diferenciación sustancial entre el demandante y el señor José Martín Paredes Aponte, ya que ejercieron el mismo cargo y funciones, y respecto al hecho de que este último tenía otras responsabilidades, quedó solo en el dicho; asimismo, respecto al bajo rendimiento al que adujo el testigo, no es criterio diferenciador objetivo, y a lo sumo daba para finalizarse el contrato de trabajo; que no existe documentos o manual de funciones para realizar la diferenciación objetiva.

En orden a lo anterior, procedió a impartir condena por reliquidación de salarios y prestaciones sociales durante la vigencia de la relación laboral, declarando no probada la excepción de prescripción, ya que la relación laboral terminó el 04 de marzo de 2019 y la demanda se instauró el 9 de agosto de 2019 (Fol. 160 a 161 con Cd de audiencia).

4. Impugnación y límites del ad quem. Las partes procesales, presentaron disenso contra la decisión de instancia en los siguientes términos:

4.1 Demandante: Manifestó que de conformidad con el principio de unicidad de la demanda, debe darse prosperidad a las indemnizaciones del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y artículo 65 del CST, ya que, si bien no quedaron identificadas en el acápite de pretensiones, se hizo referencia a las mismas en los fundamentos y razones de derecho en un acápite especial titulado "ausencia de buena fe- Procedencia de las indemnizaciones moratorias reclamadas".

4.2 Rcn Televisión S.A.: Insiste en que no se debe condenar a la nivelación salarial, en la medida en que el a quo no tomó en consideración que quedó comprobado el trato diferenciado entre el demandante y el señor José Martín Paredes Aponte; que el señor José Martín Paredes Aponte antes de ingresar a la entidad traía una experiencia de más de 10 años que el demandante, además que ya había estado vinculado por más de 5 años para la fecha en que ingresó el actor; que se presentó rotación o re- asignación de clientes ya que el desempeño del demandante no era el esperado; que se reasignaron clientes del señor José Martín Paredes Aponte al demandante para efectos de que el actor pudiese darle mejor manejo, pero ello solo fue para que los administre; que José Martín Paredes Aponte tuvo más responsabilidades y compromiso en el desarrollo de su cargo, además se le asignaban clientes de mayor importancia; que el señor José Martín Paredes Aponte manejaba un presupuesto del 70% y el

demandante del 30%; que existen razones válidas, en cuanto a calidad, antigüedad y experiencia en el cargo; que el empleador si logró demostrar y acreditar ese trato diferenciado entre las partes; que la asignación salarial se efectuó de conformidad con el artículo 127 del CST, sin que haya vulneración al principio de trabajo igual salario igual; que si bien desempeñaban el mismo cargo, existen razones objetivas de diferenciación; que al no ser procedente la nivelación salarial, tampoco es procedente la condena impuesta por reliquidación de salarios y prestaciones, operando igualmente la prescripción.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Alegó en su favor que en el recurso de apelación no se hace un ataque concreto al razonamiento del *a quo* que sirvió para impartir condena en desarrollo del problema jurídico que determinó, sino que se insiste en presentar -ahora en esta instancia procesal- nuevos argumentos o excusas, que además de extemporáneos y que pretenden desconocer el debido proceso, en verdad no hacen relevancia alguna a la contundente acreditación de vulneración el principio igual trabajo igual salario, como sí deja en evidencia que en ese comportamiento procesal del todo vale mostrado por la pasiva, nada les interesa las graves contradicciones mostradas entre la contestación, la confesión del representante legal y que luego se intentó desconocer a través de los testigos.

De otro lado sostuvo que son prosperas las pretensiones relativas a indemnizaciones moratorias, tanto la prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 como la del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificada por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, respecto de las cuales no se hizo pronunciamiento en la sentencia de primera instancia, lo cual fue reiterado al negarse la adición elevada.

5.2. Parte demandada. En su escrito indicó que el *a quo* desconoció totalmente los argumentos esbozados en la defensa objetiva y en derecho de la sociedad y cada una de las pruebas que fueron aportadas en el proceso, ya que no se observó en el fallo dictado un análisis acucioso del artículo 143 del CST, ya que si bien afirmó que era legítimo que existieran diferencias salariales entre los trabajadores y que estas debían estar fundadas en razones que no correspondieran al arbitrio del empleador, por lo que ante un trato diferenciado en materia salarial la carga probatoria recaía en la Compañía, quien debía demostrar que tal diferencia obedecía a criterios objetivos, tales como la existencia de un mayor grado de responsabilidad, rendimiento, eficiencia, entre otros, de manera absolutamente infundada se limitó a señalar que había quedado debidamente acreditado que el demandante y el señor José Martín Paredes desempeñaban el mismo cargo, funciones y les eran asignados los mismos clientes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El salario del actor debe nivelarse con el salario devengado por el "José Martín Paredes Aponte"?

- (ii) En caso positivo, ¿le asiste al demandante el derecho al pago de las diferencias salariales y reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones?

Nivelación Salarial

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, ni el salario devengado al interior de ella, situaciones fácticas que fueron no solo aceptados por la demandada en su contestación, sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios. 113 a 115) y el certificado laboral expedido por la demandada (folio. 125).

Hecha tal precisión, debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127"*.

Al respecto, la jurisprudencia resulta ilustrativa para entender los alcances de la enunciación legal y para el efecto en la sentencia SL3165-2018 radicado 69663 del 25 de julio de 2018, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia indicó: *"la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia. (...) Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7.º de la Ley 1496 de 2011, la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva"*

Del mismo modo, en sentencia SL5464-2015, que trajo a colación la sentencia SL 24272, 10 jun. 2005, en la cual la Alta Corporación recordó: *"es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc"*.

Caso Concreto

Busca el demandante que se le nivele salarialmente en relación con el señor José Martín Paredes Aponte, porque según su parecer, a pesar de que ejerce el mismo cargo, funciones y jornada de trabajo, percibió un salario inferior, planteamiento que muestra un posible trato desigual, del que corresponde a la Sala, con fundamento en las pruebas practicadas, determinar si existen razones que de manera objetiva justifiquen ese trato diferencial.

Conforme a los presupuestos señalados y atendiendo esa distribución de cargas probatorias, corresponde en primer lugar a la activa, la acreditación del trato diferenciado en materia salarial, y la identidad de cargo y funciones con referencia a otro trabajador,

para que una vez establecida aquella desigualdad analizar si la demandada a quien se desplaza la carga probatoria justificó los factores objetivos de esa diferenciación salarial.

En ese orden, se debe advertir desde ya, que no se comparten las conclusiones a las que llegó el a quo para darle prosperidad a las pretensiones de la parte activa, ya que una vez realizado la valoración conjunta de los medios probatorios allegados al diligenciamiento, se arriba a conclusión diferente, esto es, que la entidad demandada logró justificar la razonabilidad de ese trato diferenciado del salario entre el demandante y el trabajador José Martin Paredes Aponte, con quien se hace el parangón.

En efecto, no se discute que el actor y el señor José Martin Paredes Aponte, ostentaron el mismo cargo de "Ejecutivo Comercial Eventos", el primero desde el 06 de mayo de 2016, y el segundo desde el 19 de septiembre de 2011, respectivamente, y que mientras el demandante entró devengando \$2.500.000 como salario básico (Fol. 23), el señor José Martin Paredes Aponte para esa calenda tenía un salario de \$8.963.000 (Fol. 16 Cd de folio 144). Precisado lo anterior, desde el punto de vista formal debe decirse que en el caso de autos, confluye identidades intrínsecas del cargo, y de jornada de trabajo, presentándose diferencia en cuanto a su asignación salarial en el cargo de "Ejecutivo Comercial Eventos".

Así las cosas, tampoco merece ningún reproche la conclusión a la que arribó el juez primigenio al considerar que en los dos trabajadores desde el punto formal, tenían la misma función, esto es, "ofrecer y vender a terceros la posibilidad de pautar en eventos deportivos", tal como lo dijo el representante legal de la encartada, precisando que la diferencia se presentaba en la responsabilidad que tenía uno y otro trabajador, tesitura que encuentra soporte en lo manifestado por el propio José Martin Paredes Aponte, quien fue llamado de oficio por el Despacho a rendir testimonio, mismo que resulta ser contundente en explicar no solo como se dio la relación laboral entre las partes, sino también como se desarrolló la misma, y el por qué a partir del año 2015 aproximadamente le fue cambiada su remuneración a salario integral.

Manifestó el señor José Martin Paredes Aponte que ingresó a laborar al Canal RCN desde el 19 de septiembre de 2011 en el cargo de Ejecutivo de Eventos Especiales, afirmando que su compañero Leonardo Pieschacón Gutiérrez ingresó a laborar en el año 2016 en el mismo cargo, pero que las responsabilidades no eran iguales, ya que por la antigüedad que él tenía en la entidad, le era asignado mayor presupuesto y lideraba el cargo de eventos especiales; que él tenía un presupuesto más alto y un compromiso de ventas más altos por antigüedad; que por el tiempo que llevaba en la empresa y porque el área de eventos especiales estaba apenas surgiendo, era él quien tenía a cargo "el diseño de las propuestas para el mercado", así mismo que era aquel quien se encargaba del "diseño y planeación de eventos deportivos" o también llamados "paquetes de eventos", y que cuando aquel "paquete de eventos" ya estaba listo se lo pasaba a la otra persona; relató que desde que ingreso en el año 2011 tenía un salario inferior a los demás ejecutivos de ventas, ya que "ellos ganaban mucho más porque tenían antigüedad" y que él era consiente de eso, pero que para el año 2015 debido a su antigüedad y desempeño en el cargo o "premio a los años de gestión" le nivelan el salario, pasando de un básico a un salario integral más comisiones; respecto al demandante dijo que él era nuevo en esa área del mercado, ya que la venta de pautas en televisión es diferente y es una labor muy dispendiosa, y que por ello, su jefe a través de memorando le pasó clientes de "los míos para que él los administrara", "yo le entregue clientes a él para mejorar sus ingresos"; igualmente relató que para el año 2016 estaba solo él en el área de eventos especiales como ejecutivo, y se requería

de otra persona que empezara a traer nuevos clientes "vender", y fue cuando llegó el aquí demandante, pero que en la vigencia de la relación laboral solo trajo un cliente pequeño de pinturas; dijo el deponente que a él por su antigüedad y experiencia "maneja cierto nivel de clientes que tocaba tener atención especial, y que tenía asignado aproximadamente el 75% del presupuesto para ejecución, asimismo, reiteró que era él quien diseñaba el producto a ofertar, y el demandante "cogía el producto que yo armaba y lo pasaba a sus clientes".

Ahora, del testimonio de Elías Castillo Contreras, quien laboró para RCN en el cargo de Ejecutivo Comercial, pero no en el área de eventos especiales sino "con los clientes normales" como dijo el mismo, poco o nada se puede extraer, pues nada le consta respecto del tema de diferencia salarial que aquí se debate, y lo único que dijo que es la función de los ejecutivos comerciales en esencia es la misma, independiente el área, y que nunca supo de la existencia de manual de funciones.

Respecto del testigo Antonio José Gómez Gómez, quien funge como Vicepresidente Comercial de RCN desde el año de 1999, afirmó conocer al demandante, quien entró a laborar como Ejecutivo Comercial de Eventos Especiales por recomendación de Hernando Nieto, cuando este fungía como director del área de eventos especiales, precisando que el señor José Martín Paredes Aponte venía con una amplia experiencia en el sector, y que cuando ingresó a laborar el actor, el señor Paredes manejaba el 70% del mercado y el demandante el 30%; dijo que el demandante ingresó para irlo formando ya que no tenía experiencia en el campo de la televisión como si lo tenía el señor Paredes, incluso que por la experiencia y antigüedad del señor Paredes, hace alrededor de 3 años es encargado del área de eventos especiales ante la renuncia de Hernando Nieto; mencionó que se reasignaron clientes de José Martín Paredes Aponte al demandante; que el demandante "era para formarlo" ya que si bien traía experiencia en el Tiempo, venía de ventas comerciales, no de clientes o anunciantes grandes como lo tenía Paredes; igualmente señaló que "no tuvimos la posibilidad de subirle al mínimo integral" en los dos o tres años que duró la relación laboral, ya que "él no nos daba la medida".

Igualmente, obra a folios 120 a 121 y 130 a 131 las hojas de vida del demandante y del señor José Martín Paredes Aponte, de la cual se puede extraer que el actor es profesional en Comunicación Social y Periodismo, y el señor José Martín Paredes Aponte es Tecnólogo en Mercadeo, y Profesional en Mercadeo y Publicidad, y respecto de la experiencia profesional, el actor registra experiencia desde octubre de 2007, mientras que José Martín Paredes Aponte desde el mes de febrero de 1995.

Así las cosas, educa la Sala que no solo con demostrar que entre el demandante y el señor José Martín Paredes Aponte, ostentaban el mismo cargo, y las mismas funciones de Ejecutivo Comercial de Eventos, se debe proceder a la nivelación salarial pretensa, sino que también se debe demostrar que existen condiciones objetivamente igualitarias que impongan la necesidad de ser remunerados de la misma manera, aspecto que no logra demostrar el demandante, y al contrario la entidad demandada con suficiente material probatorio, tanto documental como testimonial, logró "*justificar la razonabilidad de ese trato*", pues el modo y el cómo se presentó la diferencia salarial entre uno y otro trabajador fueron disímiles y correspondieron a situaciones particulares que de ninguna manera pueden colocar a la entidad empleadora en la incursión de un trato diferenciado en la remuneración que aceptó percibir el actor al momento de su vinculación, con el salario que viene recibiendo el señor José Martín Paredes Aponte por virtud de "premio a los años de gestión" que el mismo trabajador mencionó cuando para el año 2015 le fue variado su salario básico a salario integral.

Debe destacar la Sala que el hecho de que no se haya aportado el manual de funciones hace procedente la nivelación salarial, ya que no estamos frente a un sistema tarifado de pruebas, y en lo que respecta a estos particulares procesos, lo relevante es auscultar bajo el principio de la realidad sobre las formalidades, sí se presentó un trato discriminatorio en el salario percibido por el actor frente a su compañero de trabajo, ante lo cual, no se puede arribar a la conclusión que llegó el juez de primer grado, pues desconoció las situaciones particulares de cómo el señor José Martin Paredes Aponte empezó como Ejecutivo Comercial (Fol. 133) desde el 19 de septiembre de 2011, y por su antigüedad, rendimiento y gestión escaló pasando de tener un salario básico a un salario integral a partir del año 2015, aspecto que al momento de la vinculación del actor para el año 2016 no podía asimilarse, pues de ninguna manera podría pensarse que la asignación salarial del actor debía corresponder a salario integral cuando su vinculación según se expresó por el testigo José Martin Paredes Aponte y Antonio José Gómez Gómez fue por recomendación del director de eventos especiales Hernando Nieto, para irlo formando en esa área, por cuanto no tenía la experiencia en el tema específico del sector de la televisión, experiencia que sí la tenía el señor José Martin Paredes Aponte, incluso antes de su vinculación en el 2011.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es que el señor José Martin Paredes Aponte durante la vigencia de la relación laboral tenía a cargo un mayor porcentaje de clientes, esto es, el 70% frente al 30% que tenía el actor, y ello se desprende de la prueba testimonial que fue coincidente, según el dicho de José Martin Paredes Aponte y Antonio José Gómez Gómez, aunado a que, logra extraerse a grandes rasgos que el señor José Martin Paredes Aponte, con quien se hace el comparativo, fue enfático y reiterativo en expresar que por su antigüedad y experiencia diseñaba el producto a ofertar, y el demandante "cogía el producto que yo armaba y lo pasaba a sus clientes", aspecto que no se logró controvertir por la activa, ya que del interrogatorio rendido por la parte actora nada se expresó al respecto, a excepción de manifestar de manera general que tenía los mismos clientes y que realizaba las mismas funciones.

De otro lado, de las hojas de vida del demandante y del señor José Martin Paredes Aponte, se extrae que el actor es profesional en Comunicación Social y Periodismo, y el señor José Martin Paredes Aponte es Tecnólogo en Mercadeo, y Profesional en Mercadeo y Publicidad, y respecto de la experiencia profesional, el actor registra experiencia desde octubre de 2007, mientras que José Martin Paredes Aponte desde el mes de febrero de 1995, criterios diferenciadores que en el caso del señor José Martin Paredes Aponte le permitió escalar en el área de eventos especiales, pasando después de cuatro años de labor de salario básico a salario integral, aunado a que, de la hoja de vida se aprecia que antes de ingresar el señor José Martin Paredes Aponte al Canal RCN venía laborando para el Tiempo como Ejecutivo de Cuenta, Publicaciones Especiales, entre otros, con un asignación de \$ 6.000.000, y por ende, resulta creíble su dicho al momento de rendir el testimonio de que a pesar de que al entrar en RCN su salario era inferior, su decisión obedeció a cuestiones de proyección profesional, aspecto que al contrastarlo con la hoja de vida del actor, difieren, en tanto que, si bien los cargos ocupados antes del año 2016 lo eran como ejecutivo de ventas, su asignación salarial era de \$1.241.280 (Fol. 122), lo que connota que la experiencia profesional de uno y otro eran diferentes, y por otro lado, reafirma el hecho de que al ingresar el demandante a RCN en el año 2016 lo era no para asumir las mismas responsabilidades y eficiencia de trabajo del señor José Martin Paredes Aponte, sino para "formarlo", con la posibilidad de llegar al mismo nivel del trabajador con el cual se compara; sin embargo, tal como lo expresara el Vicepresidente Comercial de RCN, Antonio José Gómez Gómez, "no tuvimos la posibilidad de subirle al mínimo integral" en los dos o tres años que duro la relación laboral, ya que "él no nos daba la medida",

y si bien es cierto, el dicho de que el demandante "no nos daba la medida" es un aspecto que hubiera dado lugar a la terminación del contrato u otra decisión del empleador, pero no como criterio diferenciador, como lo dijo el a quo, resulta ser parcialmente valedero; no obstante, considera la Sala que tal circunstancia sí permite en punto a la acreditación de las razones objetivas, diferenciar aspectos "*relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, las condiciones de eficiencia, el rendimiento*", que hacen o llevan a que la remuneración de uno y otro sea diferente, como acontece en el sub examine, en la que por las probanzas y particularidades del caso no se puede acceder a la nivelación salarial, pues para ello no basta con solo tener en cuenta que se trata del mismo cargo y función desempeñada.

Finalmente, en lo tocante a la alzada de la parte demandante, por sustracción de materia ninguna disquisición se realizará al respecto.

Colofón de lo anterior, con el escrutinio de las probaturas enunciadas, resulta fácil educir que la persona con la que se compara el demandante, efectivamente contaba con un mayor salario, pero que tal diferenciación no puede considerarse como un trato discriminatorio, máxime cuando el empleador logró justificar la razonabilidad de la diferencia salarial.

En resumen, el empleador demostró con suficiencia que existen factores objetivos de diferenciación para desvirtuar la presunción de que trata el numeral tercero del artículo 143 del C.S.T. y en esa medida la diferencia salarial halla plena justificación.

En ese horizonte, sin que haya más por decir, basten las anteriores razones para dar por acreditada las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido.

COSTAS

Costas a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, por haber prosperado el recurso de apelación interpuesto por la demandada. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandante. Tásense.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 28 de julio del 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a la entidad demandada a la nivelación salarial y reajuste de acreencias laborales, para en su lugar, **DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, y en consecuencia, **ABSOLVER** a RCN TELEVISIÓN S.A. de tal suplica, conforme las consideraciones vertidas en el presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia venida en apelación.

TERCERO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandada y a cargo del demandante. Las de primera se revocan y correrán a cargo del demandante. Tásense.

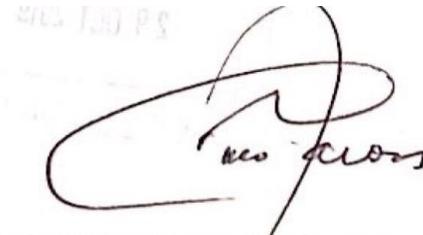
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

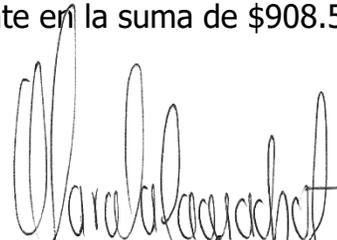


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **RCN TELEVISION S.A.** y a cargo del demandante en la suma de \$908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA MERCEDES SALAZAR PRADA
Demandado: UGPP y OTROS
Radicación: 110013105-016-2020-00093-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE – CONFIRMA.

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Mercedes Salazar Prada, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, con el propósito de que se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor Isaac Páez Duarte a partir del 29 de abril del 2014, el retroactivo, la indexación y, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que hizo vida marital con el señor Isaac Páez Duarte, desde el 15 de enero de 1978 hasta su fallecimiento acaecido el 29 de abril de 2014; que durante la convivencia procrearon cuatro hijos, todos mayores de edad, de nombre Yeni Constanza, Oscar Javier, Edwin y Oswal Yamid Páez Salazar; que al momento de fallecer el señor Isaac Páez Duarte, convivía y dependía económicamente de aquel; que reclamó el derecho pensional, pero le fue negado bajo el argumento de no haber reclamado en el término de fijación de los edictos; que le fue reconocida la pensión de sobrevivientes en un 50% para la señora María Elisa Nocua Rincón y el otro 50% al menor Isaías Páez Piedrahita; que contra la resolución denegatoria de la prestación interpuso los recursos de ley, pero le fueron resueltos desfavorablemente mediante resoluciones RDP031237 del 29 de julio de 2015 y RDP035823 del 1 de septiembre de 2015 (Fols. 3 a 26).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 146), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en estos.

3. Contestación de la demanda.

3.1 UGPP: Al momento de recorrer el término de traslado indicó respecto a las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que no está totalmente acreditada la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del causante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación, buena fe, e improcedencia de imposición de costas procesales. (Fols. 120 a 125).

3.2 María Elisa Nocua Rincón: En respuesta a la demanda presentada por María Mercedes Salazar Prada se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, argumentando que la aquí interviniente cuenta con mejor derecho que la demandante, por lo que debe mantenerse incólume las resoluciones RDP021010 del 8 de julio de 2014, ello en virtud a que la UGPP cuando estudió la solicitud pensional analizó exhaustivamente el componente probatorio, afectivo y de convivencia que tenía con el pensionado al momento de su muerte. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la convivencia permanente como requisito para acceder al derecho a la sustitución pensional, derogatoria de normas legales, e incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 54 de 1990 y ley 979 del 2005 (Fols. 193 a 205).

3.3 Isaías Páez Piedrahita: Se notificó de manera personal el 5 de febrero de 2019, pero no allegó contestación de la demanda (Fol. 228).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de mayo del 2021, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la UGPP y a los litisconsortes necesarios María Elisa Nocua Rincón e Isaías Páez Piedrahita, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la demandante, gravándola en costas (Fols. 274 a 276 con Cd de audiencia)

Para arribar a tal decisiva empezó por señalar el problema jurídico, consistente en determinar si la actora acredita los presupuestos para hacerse beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Indicó que el señor Isaac Páez Duarte, falleció el 29 de abril del año 2014, por lo que la ley aplicable para resolver el asunto es lo establecido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, en la que en el caso concreto por petitionar la pensión en calidad de compañera permanente, le corresponde acreditar los 5 años de convivencia con anterioridad a la muerte del pensional, aspecto que no logró demostrar la actora, ya que solo allegó dos declaraciones extrajuicio, en la que se hace alusión a que la actora convivió con el causante hasta la fecha del deceso, sin embargo, tales probanzas no son de recibo para el Despacho, pues son genéricas y no dan cuenta de la ciencia del dicho de las declarantes, tales como circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se presentó la convivencia.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la actora confesó tanto en el interrogatorio como en la declaración extrajuicio aportada, que dejó de convivir con el causante mucho tiempo antes del fallecimiento, con lo cual no se encuentra acreditado que hayan tenido vida marital hasta la muerte del pensionado; que no es procedente acoger la tesis de la parte demandante relativa a que debe tenerse en cuenta los más de 18 años de convivencia, a pesar de no ser anteriores al fallecimiento, pues tal situación no está autorizada por la ley, igualmente, tampoco es procedente la pensión de sobrevivientes por el hecho de haber procreado cuatro hijos.

En el caso de la pensión de sobrevivientes que viene disfrutando la señora María Elisa Nocua Rincón por parte de la UGPP, no se acreditó que la misma no haya convivido con el causante, antes por el contrario, se acreditó en el trámite administrativo su calidad de cónyuge desde el 6 de diciembre de 2005, además que no es objeto de discusión en el proceso verificar su convivencia, ya que así no fue planteada la demanda, con lo cual, se deja incólume el reconocimiento que hiciera la UGPP en su momento.

Así las cosas, concluyó que la parte actora no cumplió la carga de la prueba acreditando los cinco años de convivencia con anterioridad al fallecimiento del pensionado.

5. Impugnación y límites del ad quem. La apoderada judicial de la parte actora presente recurso de alzada solicitando la revocatoria de la decisión y la prosperidad de las pretensiones, ello con fundamento en que las declaraciones extra juicio aportadas no fueron tachadas de falsas, y con el dicho de la demandada en el interrogatorio de evidencia claramente que la actora tiene derecho a la pensión de sobrevivientes; que debe tenerse en cuenta el Convenio 128 de la OIT en el cual comprende el derecho a la pensión de sobrevivientes tanto de la cónyuge como de la compañera permanente; que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la sentencia C-1035 de 2008 con el cual la demandante si accedería a la pensión solicitada; que no puede desconocerse que la pareja tuvo cuatro hijos, aspecto que sirve para demostrar la convivencia; que la parte demandada beneficiaria de la prestación no trajo al proceso testimonios para controvertir la convivencia; que si bien la actora no podría acceder al 100% de la prestación, por lo menos es procedente el 50% de la mesada pensional por el lapso de convivencia con el causante.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Alegó en su favor que de las declaraciones y el interrogatorio de parte recaudados se deduce de manera incuestionable que la actora convivió con el causante y que procrearon hijos; que de acuerdo con la jurisprudencia de las altas Cortes en casos como el que es materia de estudio en el presente caso, la convivencia simultánea, entre cónyuge y compañera genera el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes.

6.2. UGPP. Manifestó que se debe determinar si es posible efectuar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante como compañera permanente supérstite, situación que para la unidad no se ha acreditado de manera correcta, pues con los testimonios y documentales 3 del expediente, no se puede concluir que la demandante haya convivido con el causante durante los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿La señora MARÍA MERCEDES SALAZAR PRADA reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor ISAAC PAEZ DUARTE (QEPD)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo, y la indexación?

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor ISAAC PAEZ DUARTE (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que la extinta CAJANAL le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de diciembre de 1984, conforme Resolución N° 07468 del 26 de junio de 1985 (Fol. 149 a 153).

Fallecimiento señor Isaac Páez Duarte

Tampoco se controvierte que el señor Isaac Páez Duarte (q.e.p.d.) falleció el 29 de abril del 2014, como da cuenta el registro defunción que milita a folio 15 anexo 1.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 modificados por el art. 12 y 13 de la Ley 797 del 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en mayo del 2013. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de pensionado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adocina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

1) Calidad de compañera permanente

Al respecto, valga precisar que en el campo de la seguridad social, y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se *"dejó de darle preponderancia a los vínculos matrimoniales formales o solemnes"*, para *"dar paso a las uniones familiares que constituyeran una verdadera comunidad de vida afectiva y económicamente solidaria, independientemente de su origen jurídico o natural y sin consideración al modo como aquel se formó, sino atendiendo el concepto de una real y legítima comunidad matrimonial (art. 42 CN)"* (resalta la Sala, Casación del 7 de marzo de 2006 radicado 21572)" (CSJ- Radicación No 32694 del 09 de julio de 2008)

En el sub lite, de los diferentes actos administrativos expedidos por la UGPP se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañera permanente, sino el eje toral de discusión es el lapso de los últimos 5

años que convivieron en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se dilucidará más adelante.

2) Edad

Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora María Mercedes Salazar Prada, nació el 03 de noviembre de 1948 (Fol. 73), y para la muerte del señor Isaac Páez Duarte (q.e.p.d.), contaba con 65 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

3) Convivencia

Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora María Mercedes Salazar Prada, en calidad de compañera permanente a reclamar la sustitución pensional ante la UGPP (Fol. 28 a 31), dicha entidad mediante resolución RDP031237 del 29 de julio de 2015, le negó la misma con fundamento en que *"no existe certeza de la convivencia de esta con el causante al momento de su fallecimiento"* (Fols. 29).

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adoctrina que en **todos los eventos** que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

El anterior criterio, se mantiene vigente en los casos en que la sustitución pensional sea perseguida por la compañera permanente, no así frente a la cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad

social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010/19, SL5169/19 y SL4771-2020.

Ahora, en lo referente al lapso de la convivencia baste decir que en los eventos en que la reclamante sea compañera permanente del pensionado, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en al SL362/21, que reiteró lo dicho en la SL1399/18, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)".

De igual manera, debe tenerse en cuenta que en el sub examine la UGPP reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora María Elisa Nocua Rincón mediante resolución RDP021010 del 08 de julio de 2014, en calidad de cónyuge supérstite (Fol. 56), lo que llevaría a establecer una eventual convivencia simultánea para la fecha en que falleció el señor Isaac Páez Duarte, pues su solicitud de afinca en que convivió en calidad de compañera permanente hasta el fallecimiento del causante.

En ese sentido, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece que: *"En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo",* aparte declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, en el entendido *"que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido".*

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde el 15 de enero de 1978 y se mantuvo hasta el óbito del señor Páez Duarte (29/04/2014), y para ello trae al cartulario declaraciones extra juicio de Beniselda Palacio Saavedra y Nancy Cárdenas de Muñoz, quienes declararon que *"conocimos de vista, trato y comunicación durante treinta (30) años respectivamente, al señor ISAAC PAEZ DUARTE (q.e.p.d), (...), y nos consta que convivía bajo el mismo techo EN UNION LIBRE, desde el 15 de enero de 1978, compartiendo techo, lecho y mesa, con la señora MARIA MERCEDES SALAZAR PRADA (...), de forma permanente e ininterrumpida hasta la fecha del fallecimiento de ISAAC PAEZ DUARTE (q.e.p.d), el día 24 de abril de 2014 (...), que la señora MARIA MERCEDES SALAZAR PRADA dependía económicamente de ISAAC PAEZ DUARTE (q.e.p.d)"* (Fol. 66), con el cual pretende configurar el derecho reclamado.

Entre tanto la parte antagonista y el a quo sostiene que no se acreditó la convivencia en los últimos cinco años anteriores al fallecimiento, dado que la convivencia se vio interrumpida desde mucho tiempo antes a los 5 años anteriores al fallecimiento, como lo confesó la misma actora en la declaración extra juicio allegada al plenario, así como en el interrogatorio de parte rendido en el trámite del proceso judicial.

Así las cosas, para efecto de verificar la convivencia "real y efectiva", se debe demostrar por la parte actora que lo expresado en el libelo genitor trascendió de la formalidad, es decir, que se constate que durante ese lapso de tiempo, se haya mantenido vivo y actuante su vínculo, mediante el auxilio mutuo, entendido este como acompañamiento espiritual y moral permanente, apoyo económico y vida en común, lo que no logra extraerse de las declaraciones extra juicio allegadas, como a continuación se detalla.

Sobre la declaración extra juicio, tiene dicho la Corte que no requiere ratificación salvo que la parte contraria lo solicite (SL9160-2017), y que aquellas se asimilan al testimonio (SL4167-2020 y SL1669-2021), y así deben valorarse, lo que en línea de principio tiene razón la poderhabiente judicial de la activa, pues sobre tales probanza no se solicitó por la pasiva la ratificación; no obstante, la sola circunstancia de que obren en el expediente no conlleva a que se tenga por cierto lo allí plasmado, pues como se dijo, deben ser valoradas como testimonio, y en efecto así lo hizo el a quo, lo que acontece es que en esa valoración no arribó a la misma conclusión que pretende la actora.

La Sala al aplicar los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, llega a la misma conclusión del a quo, pues se trata de una declaración genérica, por no decir un formato, de donde no se puede extraer ningún elemento persuasivo de la convivencia entre la actora y el óbito, es decir, ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar de la presunta relación de convivencia se desprende de la citada declaración extra juicio.

Igualmente, llama poderosamente la atención de la Sala que al contrastar las referidas declaraciones con la versión rendida por la actora en el interrogatorio de parte y la declaración extra juicio que la misma rindió ante la Notaria 54 de Bogotá el 11 de marzo de 2016, se llega a la conclusión de que la actora no convivió con el señor Isaac Páez Duarte (q.e.p.d.) en los últimos 5 años anteriores al deceso de aquel, pues allí se menciona: "*que viví en UNION MARITAL DE HECHO durante 18 años, con el señor ISAAC PAEZ DUARTE (Q.E.P.D), (...), quien falleció el día 29 de abril de 2014. Convivimos bajo el mismo techo lecho y mesa desde el año 1980 aproximadamente, hasta el año 1998, ya que mi compañero decide marcharse y terminar con la relación sin embargo resalto que para esa época ya contábamos con cuatro hijos*" (Fol. 85), manifestaciones que se refuerzan con lo dicho en el interrogatorio, pues dijo que cuando el señor ISAAC PAEZ DUARTE (Q.E.P.D) falleció "ya no vivía con él" y que "yo vi que ya estaban allá" refiriéndose al causante y la señora María Elisa Nocua Rincón, y por ello, "no volvió por allá", de lo que se puede inferir que aproximadamente desde el año 2005, fecha en la que contrajo matrimonio ISAAC PAEZ DUARTE (Q.E.P.D) y MARÍA ELISA NOCUA RINCON (Fol. 13), la convivencia a que refiere la actora se desvaneció por completo, y por tanto, como quiera que el señor ISAAC PAEZ DUARTE (Q.E.P.D) falleció el 29 de abril de 2014, necesariamente lleva a concluir que no se presentó la alegada convivencia en los últimos cinco años entre la demandante y el señor ISAAC PAEZ DUARTE (Q.E.P.D), debiéndose concluir que no se cumplen los presupuestos normativos para hacerse merecedora de la pensión de sobrevivientes, ni en el 100% como fue pedido en la demanda, ni en un 50% como lo pide en la alzada.

Ahora, refiere la actora que debe aplicarse el Convenio 128 de la OIT, mismo que hace relación a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, sin embargo, debe precisarse que allí se consagran disposiciones generales sobre dichas prestaciones, contenido que se garantiza con la legislación interna como lo tiene establecido los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, debiendo la parte actora cumplir los requisitos allí establecidos, sin que se puedan desconocer como lo pretende la actora ni que haya la posibilidad de que el Juzgador adecue los parámetros mínimos exigidos a la situación particular de la actora, ya que la única manera de hacerse beneficiaria de la pensión de sobrevivientes es cumpliendo con el requisito de la convivencia en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, el cual como quedó dicho con anterioridad, no cumple.

Finalmente, debe decir la Sala que la parte actora no trajo al diligenciamiento ninguna prueba testimonial que sustente sus pretensiones, con lo cual de ninguna manera puede salir avante la demanda con el dicho de aquella en el escrito de demanda, menos aun cuando confesó en el interrogatorio que al óbito del señor ISAAC PAEZ DUARTE (Q.E.P.D), ya no convivía con aquel.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el derecho que viene disfrutando la demandada María Elisa Nocua Rincón, ninguna disquisición se hará al respecto, máxime que del dicho de la propia demandante se desprende que al separarse de ella, el señor ISAAC PAEZ DUARTE (Q.E.P.D), empezó a convivir con MARÍA ELISA NOCUA RINCON, pareja que decidió contraer matrimonio el 6 de diciembre de 2005 (Fol. 13), vigente hasta la fecha de fallecimiento del señor ISAAC PAEZ DUARTE (Q.E.P.D), con lo cual se acredita más de 5 años de vínculo matrimonial, y de convivencia, que llevó a la UGPP a reconocerle el derecho por la vía administrativa.

Así las cosas, sin que haya más por resolver, no queda otra disyuntiva que despachar de manera desfavorable el recurso de alzada, debiéndose confirmar la decisión de instancia en su integridad.

Costas

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

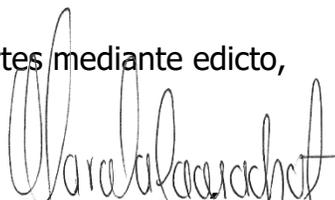
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de mayo de 2021 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JUVENAL FLÓREZ NIÑO
Demandadas: COMKASOL S.A.S.
Radicado No.: 39-2019-00360-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA- CONFIRMA

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Juvenal Flórez Niño instauró demanda ordinaria contra Comkasol S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral, la cual fue terminada de forma unilateral y sin justa causa por el empleador. En consecuencia, solicitó se disponga a su favor el pago de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, dominicales y festivos laborados, indemnización por despido sin justa causa, moratoria, dotaciones, indexación, reliquidación de aportes a salud y pensión, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó el 1 de abril de 2016 a prestar sus servicios personales mediante contrato a término fijo a favor de la accionada, labor que desempeñó hasta el 5 de julio de 2018, en tanto que no pudo continuar por el incumplimiento de su empleador en sus obligaciones legales, faltando 5 meses y 26 días para el finiquito del vínculo laboral.

Expuso que se desempeñó el trabajo de lavado de autos en las instalaciones de la demandada y recibió elementos de trabajo para ejecutar su función, sin embargo, no le fueron entregados zapatos, ni overoles. Afirmó que tenía un salario mensual promedio de \$1.500.000, toda vez que se le cancelaba un 35% del valor por cada auto lavado, además, que el trabajo era por turnos semanales de 12 horas, de domingo a domingo, incluyendo festivos.

Agregó que durante la vigencia de la relación laboral firmó tres contratos de trabajo, el primero de ellos el 1 de abril de 2016, sin fecha de vencimiento; el segundo el 1 de enero de 2017, sin fecha de vencimiento; y el tercero el 1 de febrero de 2018, con vencimiento el 31 de diciembre de 2018. Advirtió que no le fueron canceladas las prestaciones sociales, ni demás acreencias laborales. (cuad.1, fols 2 a 12, cuad.2, fols. 418 a 420).

2. Contestación de la demanda. En auto adiado 29 de julio de 2021 se tuvo por no contestada la demanda. (Cuad.2, Cd a fol. 433, PDF 12TieneXNotificadaDdaContestacionExtemporaneaFijaFecha).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de octubre de 2021, en la que la falladora declaró que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de abril de 2016 al 5 de julio de 2018. En consecuencia, condenó a la encartada a pagar trabajo suplementario dominicales y festivos, cesantías e intereses, diferencia prima de servicios, vacaciones, sanción por la no consignación de cesantías, indemnización moratoria, aportes pensionales y costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar, entre otras cosas, si entre las partes existió un contrato de trabajo, modalidad y extremos temporales; si el salario devengado por el actor se componía del 35% del valor de los lavados de los autos realizados por el mismo en cada mensualidad, si tiene derecho o no que se le cancele recargos dominicales y festivos, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social, para así determinar la condena sobre el pago de las indemnizaciones moratorias.

Con tal propósito, en primer lugar, aludió a que efectivamente verifica de las pruebas la existencia de contrato de trabajo celebrado entre las partes a término indefinido, para lo cual desestimó la tacha de sospecha que se efectuó en contra de los testigos por parte de la enjuiciada, considerando que sus declaraciones fueron de manera espontánea y responsivas, sin que evidenciara el ánimo exclusivo de beneficiar al actor. Así, en lo relativo al salario señaló que de conformidad con las documentales decretadas de oficio, como son las planillas de nómina que se encuentran firmadas por el actor, observaba que el demandante tuvo un salario para los años 2016 de \$700.000; 2017 de \$737.000; y 2018 de \$781.242, más el auxilio de transporte. Respecto de los recibos allegados por el actor adujo que aquellos fueron reconocidos por el representante legal de la empresa demandada en su interrogatorio de parte, al aducir que correspondía al control de carros lavados, aspecto que los testigos corroboraron.

Además, aludió a que el código que se hacía mención en ellos correspondía al actor, pues así también lo hizo notar el representante legal al referir que el código asignado fue el núm. 181. No obstante, la A quo advirtió que estos no podrían tenerlos en cuenta dado que al sumar la totalidad de los lavados indicados en los comprobantes y al aplicarse el 35% sobre estos, arrojaba una suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente, razón por la cual debía tener como salario devengado el que aparece en las planillas de nómina, mismas que fueron allegadas por la demandada.

Sentado lo anterior, entró a verificar las pretensiones de orden condenatorio elevadas y en lo que hace al pago de trabajo suplementario, dominicales y festivos, hizo alusión al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como al material probatorio arrimado al cartapacio, para significar que algunos de los 1.351 recibos allegados demostraban que se hicieron labores en domingos y festivos, probándose el trabajo suplementario petitionado en la demanda.

Frente al pago de prestaciones sociales y vacaciones, dijo que entraría a liquidar en su totalidad las mismas, dada la falta de contestación de la demanda, además, por cuanto las documentales allegadas por la demandada y que fueron decretadas de oficio, no podía evidenciar el pago de las cesantías y sus intereses durante la relación laboral, el pago completo de las primas de servicios, debiéndose estas liquidar, teniendo en cuenta el salario realmente devengado por el actor; y el disfrute de las vacaciones o el pago de las mismas, por ende, imponiendo su condena. En lo atinente al pago de aportes a pensión, aludió a que la demandada canceló estos teniendo como IBC el salario mínimo y omitió cotizar los mismos para el mes de enero de 2018, por lo que debía cancelar los mismos la demandada. (Cuad.2, Cd. a fol. 433, carpeta 17Audiencia20211004Sentencia).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada formuló recurso de apelación argumentando que, frente a la tacha de sospecha presentada, observaba como los testigos resultaban ser parcializados, ello en atención a que tienen un interés en lo que *“respecta a las demandas que se interponen en contra de mi representada Comkasol.”* Señaló que de su dicho no se puede acreditar alguna vulneración por parte de la pasiva a sus obligaciones, máxime que algunas respuestas indicaron que no tenía certeza o desconocían supuestos, además, fueron testigos de referencia.

En lo que respecta a las horas extras señaló que al momento en que el representante legal de la demandada rindió su declaración, aquel no indicó cuál fue el código que se le asignó al actor y esto *“es importante señalar por cuanto vemos que la parte actora nos allega dos diferentes clases de recibo; uno con un número y el otro con el otro, aquí es donde es importante señalar y de la documental que allegó Comkasol en lo que respecta el código directamente o directo del señor Juvenal, pues no encontramos alguna prueba que nos dé certeza de tal circunstancia, más aún cuando el representante legal no recordaba, tampoco cuál era el número del trabajador juvenal, para asegurar a ciencia cierta que las documentales que nos arribó la parte actora efectivamente sean del trabajo desarrollado por el señor Juvenal”*

Además, indicó que, si bien se tacha a los testigos por sus intereses en las resultas del proceso, no obstante, aquellos manifestaron que era obligatorio trabajar dominicales y festivos, por manera que *“si era obligatorio hacerlo y según las cuentas que hace la señora Juez, porque entonces hay mensualidades en las cuales no se trabajó o todos los domingos o todos los festivos, porque hay unos que solo se trabajan dos domingos”*. Refirió que no debió condenarse de tajo a la empresa por unos conceptos de horas extras, por dominicales y festivos y que aquello incide en el salario percibido por el actor en tanto que, si no se demostró ese trabajo dominical y festivo, se entenderá que las condiciones del contrato de trabajo suscrito son las que obran en la documental que la misma parte actora allegó y en las cuales se demuestran los pagos bajo el salario mínimo de la época que fue debidamente acreditado y percibido por aquél y en esa medida no daría lugar a la reliquidación de prestaciones sociales.

De otro lado, esgrimió que, aunque el A quo señaló que no evidenciaba el pago de cesantía o intereses a las mismas, no obstante, existe una documental del 20 de marzo del 2018, en donde se señala el pago que se hizo a todos los trabajadores. Así, indicó que existe prueba de la cancelación de dichos emolumentos y además las vacaciones y prima de servicios, lo cual incide en la sanción moratoria por la no consignación de cesantías y moratoria, para abstenerse de su condena. (Cuad.2, Cd. a fol. 433, carpeta 17Audiencia20211004Sentencia).

5. Alegatos de conclusión. La demandada alegó en su favor que la parte actora no demostró ni acreditó haber laborado dominicales y festivos, lo anterior por cuanto a que este concepto fue impuesto únicamente por una serie de planillas en donde por número y sin aludir nombre de algún trabajador y del cual el Representante Legal de esta entidad preciso desconocer algún número asignado al demandante y cuya respuesta fue sugerida directamente por la Señora Juez, se señaló que pertenecían al señor Juvenal Florez Niño sin que mediante tal prueba documental se haya acreditado debidamente que aquel laboró para los periodos referidos en la sentencia estando, entonces, huérfano de material probatorio idóneo que acredite que la parte actora, desde el comienzo de su vinculación laboral hasta el momento de su retiro, efectuó trabajo suplementario.

Expuso que el actor no cuenta con la acreditación suficiente para demostrar efectivamente haya laborado dominicales y festivos por cuanto la documental allegada por las partes no resulta demostrar un trabajo habitual y así mismo los testimonios rendidos por los señores Adolfo Madrid Burgos y Víctor Manuel Bejarano resultan ser insuficientes para demostrar

tal circunstancia. Indicó que quedó debidamente acreditado con la documental allegada y que no fue objeto de tacha de falsedad, que al demandante se le cancelaron las prestaciones pensionales respectivas estableciendo un salario del mínimo legal mensual vigente para cada año laborado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El actor en vigencia de la relación laboral devengaba un salario mínimo legal mensual y no uno superior, como lo concluyó el a quo?
- (ii) ¿El actor es acreedor al reconocimiento económico del trabajo suplementario, dominical y festivo y, por lo tanto, hay lugar a liquidar prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión, teniendo en cuenta su incidencia salarial?
- (iii) ¿Se equivocó la juez de primer grado al tener por no probado el pago de las acreencias laborales condenadas, pese a la existencia de las documentales que evidencian que no le quedó adeudando suma alguna al actor, lo que acarrea como consecuencia su no imposición, así como el no pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la sanción por la no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990?

Contrato de trabajo, sus extremos, cargo y salario

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral que existió entre el actor y Comkasol S.A.S., sus extremos temporales, modalidad o duración y la labor que desarrolló el mismo. Ello significa que, lo que se cuestiona en rigor es el salario que devengó el actor en vigencia del vínculo laboral, pues así va orientado el ataque en contra de la sentencia de primer grado propuesto por la apelante, según el cual considera que el trabajador percibió como retribución a sus servicios el salario mínimo mensual vigente, en tanto que no podría tenerse en cuenta los recibos que fueron allegados para demostrar un salario superior.

Ahora, frente al salario, la cognoscente de primer grado, destacó la falta de demostración de la retribución que aduce el actor en la demanda que percibió, pues de cara a los recibos de orden de servicios allegados por aquel, no evidenciaba que tuviese una asignación promedio mensual de \$1.500.000, ya que al hacer la suma de la totalidad de autolavados indicados en estos y al aplicarse al resultado el 35%, arroja un valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada mensualidad. Así, ante la ausencia de prueba sobre el monto de la asignación salarial devengada por parte del promotor de la litis, no le quedaba alternativa diferente, que tomar como tal el salario que aparece en las planillas de nómina que fueron allegadas por la demandada y decretadas de oficio por el Despacho, por lo que así lo fincó.

Entonces, lo primero que se advierte, es que no es posible emprender el estudio de los recibos o comprobantes de autolavado que se advierten en el expediente y que fueron allegados por el extremo activo procesal, pues a pesar de que la sentenciadora de primer

grado hizo mención a los mismos, lo que realmente llevó a la definición del salario fue la intelección que realizó sobre los medios de convicción arrimados por la misma demandada consistentes en planillas de nómina que detallan la retribución percibida por el actor, sobre lo cual, como se anotó, no hubo reparo alguno.

Así las cosas, para la Sala el disenso debió dirigirse en contra del razonamiento que se hizo sobre las planillas de nómina, al quedar relegados los otros documentos para tales efectos, por lo que mal se haría entrar a verificar si los recibos de autolavado detallaron o no el salario devengado por el actor, dado que estas pruebas no fueron las que verdaderamente determinaron la retribución que devengaba aquel en vigencia de la relación laboral. De manera que al no plantearse reproche alguno sobre las aludidas inferencias que se reitera constituyen los pilares fundamentales de la decisión confutada, respecto del salario devengado durante la vigencia de la relación laboral, conlleva a que la sentencia se mantenga incólume en lo que hace a este punto de apelación.

Trabajo suplementario

Sentado lo anterior, recuerda esta Sala que el señor Juvenal Flórez pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario dominical y festivo que aduce ejecutó y, en tal virtud, se condene a su pago y se tenga para todos los efectos en la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, que aduce no han sido canceladas, así en la reliquidación de aportes al sistema de seguridad social, dada la citada incidencia salarial. Petición a la que no se opuso la encartada ante la falta de contestación de la demanda, omisión que se advierte desde ya le trajo de suyo un indicio grave en su en su contra, con el agravante de la confesión ficta sobre los hechos materia de litigio que se le impuso ante la inasistencia del representante legal de la empresa accionada a la audiencia de conciliación, punto sobre el cual con posterioridad se hará mención.

Ahora, es del caso precisar que en tratándose de trabajo suplementario cual sea la denominación que se le atribuya, impone al actor probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que efectivamente lo ha trabajado.¹ (*Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53*)

¹ "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas">

Bajo ese contexto, y como se dijo en el presente asunto sobre la enjuiciada recayó no solo indicio grave en su contra ante la falta de contestación de la demanda, sino declaración de confeso, por su inasistencia injustificada a la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS, CD de audiencia de 6 de septiembre del 2021, consecuencia procesal respecto de la cual se dan los presupuestos necesarios para aplicarla, ya que, como lo ha explicado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, entre otras en la sentencia SL676-2021, ante la ausencia sin justificación de quien debe acudir a la audiencia obligatoria de conciliación o a absolver interrogatorio de parte, se requiere que el juez relacione en forma determinada las circunstancias fácticas que se tendrán como ciertas, lo cual sucedió en el *examine*.

Así, se presumieron ciertos los hechos de la demanda susceptibles de ser demostrados a través de este medio, entre otros: que el libelista prestó sus servicios laborales a la accionada, en forma personal del 1 de abril de 2016 al 5 de julio del 2018, para ejercer el lavado de autos; que su jornada laboral fue de 12 horas, de domingo a domingo, incluyendo festivos, con turnos rotativos; que trabajó dominicales y festivos que se relacionan en los hechos 12 a 14 de la demanda, los cuales nunca fueron cancelados; además, que no le cancelaron prestaciones sociales reclamadas y no se tuvo en cuenta la incidencia salarial para efectos de liquidar los citados conceptos laborales e IBC de sus aportes pensionales.

Y es que, de manera indiscutida, la confesión ficta por tratarse de una confesión legal admite prueba en contrario, entonces, si con los medios de convicción allegados al proceso el juzgador encuentra una conclusión contraria a la que fuere objeto de tal consecuencia, con arreglo al artículo 61 del CPTSS, sobre libre formación del convencimiento, puede apartarse de ella, siendo perfectamente válida su decisión. Por manera que corresponde a la parte afectada con la reseñada confesión, desvirtuar los hechos que se tuvieron por demostrados, de no hacerlo, necesariamente tendrá esa consecuencia desfavorable.

Bajo este entendimiento y como quiera que le correspondía a la demandada desvirtuar la presunción que sobre ella recayó por su conducta contumaz en la audiencia de conciliación, y no lo hizo, necesariamente quedó vigente la consecuencia impuesta, con mayor razón, cuando en el plenario no existe medio probatorio alguno que pueda respaldar una conclusión contraria a la presumida. Ello es así, porque tampoco pidió pruebas a su favor en razón a que se tuvo por no contestada la demanda, omisión que le trajo como consecuencia un indicio grave en su contra, como se dijo en providencia proferida el 29 de julio de 2021, que conduce a obtener certeza sobre la existencia del hecho desconocido que se pretende establecer, esto es, la existencia del trabajo suplementario.

Ahora, si la Corporación dejará de lado lo atrás dicho, en el sentido de excluir la confesión ficta y el indicio grave que recayó en contra de la enjuiciada, y entendiera, como lo dice, la recurrente que para efectos de demostrar el trabajo suplementario en dominicales y festivos se requiere de prueba certera, diáfana, precisa y clara, tampoco habría lugar a revocar la sentencia de primer grado, ello en atención a que el medio de convicción arrojado por el demandante es suficiente para demostrar tal labor, pues así se desprende de los recibos de autolavado, que no sobra precisar nunca fueron desconocidos por la parte demandada, tampoco se formuló tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente sobre estos, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo allí señalado conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

A propósito de la apelación, es menester precisar que, ningún valor probatorio podría otorgarle a la manifestación que hizo el representante legal de la empresa, como pretende la demandada, para desvirtuar aquellos comprobantes de autolavado, en tanto cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella. Aunado, a que tampoco evidencia la Sala que aquellos haya desconocido, cuando absolvió su interrogatorio de parte.

Así, es claro que, no obstante de requerirse prueba para determinar el trabajo suplementario, para la Sala, existe el debido elemento de juicio idóneo para establecer el valor del trabajo suplementario que quedó insoluto, pues así se logra extraer de los recibos de autolavado que fueron allegados al cartapacio, que evidencian los dominicales y festivos en que el actor prestó servicio, mismos que como se dijo no fueron desconocidos por la parte demandada, es decir, la encartada nunca controvierte que no correspondieran al actor; todo lo cual lleva indefectiblemente a determinar que se probó salario superior.

En igual sentido resulta vano el estudio de los testimonios rendidos por los señores Víctor Manuel Bejarano y Adolfo Antonio Madrid Burgos, ante la contundencia de la prueba documental antes enunciada y, aunque se entrará a analizar los mismos, para la Sala su dicho se limitaría a refrendar las premisas fácticas debidamente acreditadas en el plenario relacionadas con que el actor trabajó en dominicales y festivos, a pesar de que sobre aquellos se haya formulado tacha de sospecha, como lo acusa la censura, considerando que tienen un interés en las resultas del proceso ante la interposición de demandas de iguales contornos fácticos.

Frente a este aspecto, esta Corporación tampoco evidencia que tengan un interés inclinado a beneficiar la causa del actor, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja, compartiendo íntegramente las intelecciones a las que llevó para descartar la citada tacha. Ello a partir de que los testigos fueron claros, contundentes y contestes al señalar el horario del trabajador, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no estaba imposibilitados para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fueron compañeros de trabajo del demandante, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conocieran las condiciones reales de la prestación del servicio, lo que descarta al igual que hayan sido testigos indirectos o de referencia, como lo hace ver la apoderada de la parte accionada.

Con lo precedido surge evidente que ningún dislate incurrió el A quo al estimar la procedencia del pago del trabajo suplementario realizado por el demandante, pues así se infiere de los medios de persuasión anotados, de ahí que lo anotado sea más que suficiente para que esta Sala de Decisión Laboral confirme la sentencia confutada, en lo que hace a este punto de censura, acotando, que no se entrará a especificar y discriminar lo correspondiente a los días y la remuneración del descanso dominical y festivo, en tanto que dichos aspectos no fueron materia de reproche por las partes.

Pago de prestaciones social, vacaciones y aportes pensionales

En lo atinente a determinar si al momento del finiquito del vínculo laboral la encartada realizó el pago o no de prestaciones sociales, compensación de las vacaciones y aportes pensionales, pues considera la apelante que de haberse apreciado en debida forma los documentos allegados por la demandada y que daba cuenta de la liquidación de prestaciones sociales, el A quo habría podido colegir que la demandada no le quedó adeudando suma alguna por dicho concepto, máxime, cuando el actor no devenga un salario superior al mínimo legal vigente.

Siendo así, en Cd a folio 433, carpeta "11ContestacionDemanda20210623" reposa en el PDF titulado "03Pruebas" los siguientes documentales:

- Aparece documento en el que se evidencia pagos realizados entre los meses de abril de 2016 a junio de 2016, y si bien allí aparece la firma del actor, no obstante, no se especifica que las sumas correspondan a una acreencia laboral determinada (salario, prestaciones sociales y vacaciones, entre otros).
- Obra documentos titulados "PRIMA COMKASOL – LAVADORES JULIO-DICIEMBRE 2016", "PRIMA COMKASOL – LAVADORES ENERO-JUNIO 2017", "PRIMA COMKASOL – LAVADORES JULIO-DICIEMBRE 2017", "PRIMA COMKASOL – LAVADORES ENERO-JUNIO 2018", "PRIMA COMKASOL – LAVADORES JULIO-DICIEMBRE 2018", sin embargo, allí únicamente se menciona pago de salario.
- Reposa en el expediente "NÓMINA COMKASOL
- "SAS ADMINISTRACIÓN", documentales que corresponden a los comprobantes del salario cancelado, entre otros, al trabajador y si bien allí se especifica en cada mes "carga prestacional, administración, intereses a las cesantías, cesantías, primas, vacaciones, EPS, Sena, Pensión", también lo es que no se detalla si en efecto dicha liquidación corresponde al demandante y si dichas sumas se pagaron a este.
- Posteriormente, con cada uno de los documentos que en ítem anterior se hizo alusión, "NÓMINA COMKASOL SAS ADMINISTRACIÓN", se allegaron comprobantes de nómina, cada uno con un número de consecutivo distinto, documentos que hace referencia a valores generalizados por conceptos de nómina lavadores, auxilio de transporte, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral, sin que se determine si algún pago por dicho concepto corresponda al trabajador hoy demandante.
- Además, militan Comprobantes de Nómina en el que se anota que corresponde Archila Pinto Víctor Manuel, persona que no es parte dentro del presente proceso.

Visto lo anterior, las citadas probanzas no tienen el alcance probatorio argüido por la censura, consistente en que hubo pago de prestaciones sociales y vacaciones, en tanto ello sólo da cuenta únicamente el valor del salario percibido por el actor, pero no acredita ni da certeza sobre el pago que pretende hacer valer. Además, resulta discordante pretender derivar de la prueba en comento la solución de dichas acreencias laborales, cuando aquellas fueron liquidadas mensualmente por el empleador, y no al tiempo de su causación conforme a la norma sustantiva laboral; a lo que suma esa expresión genérica que se hizo en cada uno de esos comprobante sobre el presunto pago mensual, lo cual no se traduce necesariamente, como se pretende, a que todas las obligaciones a cargo del empleador hubieren sido efectivamente saldadas, entre esas, las del hoy demandante, siendo claro que los citados medios de convicción no son útiles para el propósito perseguido por la censura.

Al margen de lo anterior, aun cuando aduce la apelante la existencia de prueba sobre el pago de la liquidación del contrato de trabajo, es evidente que no arrimó medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, pues es claro que conforme la documental que se acaba de relacionar de ninguna forma demuestra que el actor hubiere recibido el monto de sus prestaciones sociales, no solo en vigencia, sino al finiquito de la relación laboral, de ahí que no sea desacertada la conclusión a la que llegó la juez primigenia, sobre el impago de las acreencias laborales.

Adicionalmente, debe resaltarse que resultaría contradictorio pretender derivar de la prueba en comento el pago de prestaciones sociales y vacaciones, cuando es claro que el actor devenga no solo una suma superior al salario mínimo legal mensualmente vigente, sino que realizó trabajo suplementario dominicales y festivos, los cuales tienen incidencia salarial a la hora de su liquidación y pago, de ahí que el argumento utilizado por la censura para desestimar las inferencias del A quo, sea ostensiblemente desacertado, además, por cuanto al haber negado el actor haber recibido el monto de dicha liquidación, correspondía sin asomo de duda a su otrora empleadora allegar prueba de que efectivamente realizó el pago y así enervar la obligación que se le acusa insatisfecha.

En el hilo de lo expuesto si lo que pretendió la demandada fue deslegitimar las pretensiones invocadas en el libelo incoatorio, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los supuestos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que, habiéndose señalado por el demandante que no recibió el pago de las citadas acreencias laborales, le significaba entonces a su empleador probar lo contrario, es decir, presentar medio de convicción que permitiera colegir que realmente realizó su desembolso. Además, porque dicha exigencia solamente le compete a la empresa, pudiendo fácilmente cumplir con la carga que le correspondía, reiterando, en procura de enervar las obligaciones que se le atribuyen.

Bajo ese contexto y como quiera que no arrimó ningún medio de prueba más que su propio dicho, el cual lejos está de tenerse en cuenta, deberá correr con las consecuencias de su inactividad probatoria, esto es, la ratificación sobre la decisión que tomó el A quo. Igual suerte correrá la condena en lo atinente al pago de las sanciones moratorias del que trata los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, dado que aquellas fueron deslegitimadas por la censura, al aducir que hubo solución de las prestaciones sociales y salarios, lo cual, como se vio no ocurrió, sin que se esgriman otras razones de peso con lo cual pretender enervar su condena, debiéndose, entonces, confirmar íntegramente la sentencia de primer grado.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Comkasol S.A.S. y a favor del actor, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Comkasol S.A.S. Las de primera, se confirman.

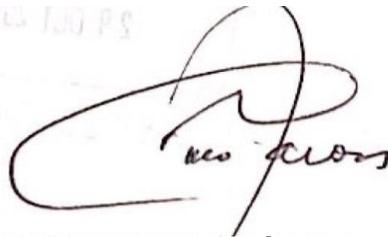
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Comkasol S.A.S. en la suma de \$1.500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ELVIRA AROS SEPÚLVEDA
Demandadas: ASESORES EN DERECHO S.A.S. Y OTRAS
Radicación: 23-2019-00173-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CONFIRMA

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Elvira Aros Sepúlveda, instauró demanda ordinaria contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante y Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, con el propósito de que se declare que el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade, fue pensionado en el año 1984 por la Sociedad Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A., quien falleció el 16 de marzo del 2012 y con quien tenía sociedad conyugal vigente, siendo beneficiaria del derecho a la sustitución pensional. Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo solicitó que se condene a las demandadas en forma solidaria a reconocer, liquidar y pagar sustitución pensional a su favor, a partir del 16 de marzo del año 2012; los intereses moratorios, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade trabajó al servicio de la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A., de manera continua desde el 20 de noviembre de 1953 hasta el 25 de junio de 1980 (SIC), sociedad que lo pensiona en el año 1984, percibiendo mesadas pensionales desde aquella época y hasta diciembre de 2008, sin que la citada compañía, a través del Patrimonio Autónomo Panflota y la Fiduprevisora hayan cancelado las mismas a partir del 1 de enero del 2009.

Narró que con el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade contrajo matrimonio en el Consulado General del Ecuador de Bogotá el 5 de enero de 1979 y durante su vigencia procrearon a dos hijos María Fernanda y Carlos Ernesto, quienes, al momento del fallecimiento de su señor padre, ya eran mayores de edad. Expuso que la pareja convivió siempre bajo el mismo techo y compartieron una vida de esposos; además, que al momento del óbito

tenían sociedad conyugal vigente y no existían herederos con mejor derecho que ella, siendo la única beneficiaria del derecho a la sustitución pensional. (fols. 4 a 15)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 213); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo que no asumió la posición, ni es el subrogatorio, cesionario o sucesor procesal de la extinta Compañía Inversiones Flota Mercante en Liquidación, además, que el vínculo existente con la citada Flota es única y exclusivamente contractual y, las obligaciones de la fiduciaria emanan del Contrato de Fiducia Mercantil 3-1-0138, por lo tanto, su capacidad se encuentra enmarcada en el citado nexo contractual. En lo atinente a los hechos señaló no constarle o ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de cosa juzgada frente a la responsabilidad del patrimonio autónomo, de la responsabilidad de la matriz, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación, prescripción e innominada. (fols. 293 a 307)

3.2. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Se opuso a la totalidad de pretensiones tanto declarativas como condenatorias principales y subsidiarias, argumentando que el causante de la pensión de sobrevivientes nunca fue trabajador de la entidad gremial. Dijo no constarle o ser ciertos los hechos de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, prescripción, pago, compensación y genérica. (fols. 254 a 281).

3.3. Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones formuladas, aduciendo que, tal y como se manifestó en las Resoluciones núm. 017 de febrero de 2016, 172 de noviembre de 2017, 042 de abril de 2018, no existe certeza del reconocimiento pensional a favor de Carlos Ernesto Viteri Andrade, encontrándose ante la carencia de documentos necesarios para determinar la fuente normativa del derecho de pensión de jubilación. En relación con los hechos, señaló ser ciertos el 6, 10, 17, 18 y los restantes manifestó no constarles o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, genérica y oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados a la actora. (fols. 242 a 248).

3.4. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En su escrito de intervención se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda; no aceptando los hechos sustento de estas. En su defensa expuso que de conformidad con la Ley 100 de 1993 no actúa como administradora de pensiones, ni participó en el proceso de liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante que adelanta la Superintendencia de Sociedades; como tampoco fue accionista ni ejerce control sobre la Flota Mercante, persona jurídica que no tiene carácter de entidad descentralizada, por lo que no puede responder por las pensiones de dicha Compañía; además que si bien el Fondo Nacional del Café tiene una participación mayoritaria de la flota, no significa que esta se haya convertido en entidad pública, descentralizada, ni que la Nación deba responder por ella. Propuso como excepciones de fondo las de indebida vinculación del

Ministerio de Hacienda, inexistencia de obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica. (Cd a fol. 312).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de diciembre del 2020, en la que el fallador absolvió a las codemandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demandada, gravando en costas al demandante.

Para arribar a tal determinación, señaló que se encontraba acreditado el fallecimiento del Carlos Ernesto Viteri Andrade; en cuanto al estatus o calidad de pensionado de aquel, dijo que ha sido materia de discusión por las partes, por tanto, debe verificar tal condición, pues de aquello se deriva el derecho que reclama la actora. Así las cosas, señaló que se allegó la historia laboral del causante donde se relaciona que ingresó a la Compañía en noviembre de 1953, para prestar sus servicios en la ciudad de Guayaquil de la República del Ecuador, labor que se hizo hasta mayo de 1984. Además, indicó que se arrimó, entre otras, las constancias de recibo de pago suscritos por el trabajador, de los cuales se verifica que recibía mesadas de jubilación patronal, por parte de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, a través del Banco de Amazonas del citado país.

Conforme a ello, expuso que se encontraba acreditado que efectivamente el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade prestó servicios a la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A., entre el 20 de noviembre de 1953 al 18 de mayo del 84 (SIC), donde desempeñó el cargo Capitán en la República del Ecuador, de tal manera precisó que según el principio *Lex Loci Solutionis* como parámetro de interpretación del principio de territorialidad de la ley laboral establecido en el artículo 2º del CST, la jurisdicción competente y la legislación laboral aplicable es aquella vigente en el lugar de prestación del servicio o la ejecución del contrato de trabajo.

Sostuvo que, como quiera que el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade prestó los servicios con la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, seccional Ecuador, podría concluir que *"era la legislación laboral de ese país la que debe aplicarse o debía aplicarse a dicha relación laboral, por tanto, se debe decir se sustrae el régimen laboral colombiano como normatividad rectora de la controversia que nos ocupa en el presente asunto"*. Precisó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, por regla general la legislación laboral aplicable es la del país donde se desarrolla la prestación personal del servicio, *"salvo que sea inequívoca la continuidad subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso o que de manera clara la intención de las partes sea de mantener la relación que se venía desarrollando en nuestro país inicialmente, si fuese del caso. Excepciones que no se demostraron en ningún momento dentro del proceso."*

Esbozó que aunque la actora afirmó en su demanda que su difunto cónyuge recibía una pensión de jubilación desde 1984 reconocida por parte de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, empresa Colombia, pretendiendo acreditar tal aspecto con las constancia de recibo de pago, en las que se indica que recibía mesadas pensionales del Banco Amazonas de la República de Ecuador, no obstante, advirtió que en el plenario no obra ningún *"acto administrativo y con esos documentos el Despacho no le puede dar certeza como para imponer una obligación de una carga pensional, solamente con unos recibos que el Despacho, salvo mejor concepto, considera que no son plena prueba para establecer el derecho pensional en cabeza de una persona (...) conforme a las leyes colombianas"*; y por el contrario, se encontraba demostrado que la empresa del causante lo tenía afiliado a la seguridad social en la República de Ecuador, en donde éste prestaba sus servicios y que debido a ello recibió o una pensión por vejez, prestación que le fue sustituida a la actora, como así lo confesó aquella en el interrogatorio de parte que absolvió, lo cual se corrobora con la libreta de la Caja de Seguros de la República del Ecuador y la solicitud de tiempos de

servicios del Instituto Ecuatoriano de los Seguros Sociales, debiéndose por tanto absolver a las demandadas de todas las pretensiones. (Cd a fol. 318)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la actora interpuso recurso de apelación arguyendo que no son de recibo los argumentos esbozados en la sentencia de primer grado, puesto que atenta contra el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, ya que el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade recibió durante un lapso mesadas pensionales que salían de Colombia, es decir, de la Federación Nacional de Cafeteros o de la Flota Mercante Gran Colombiana hacia el Banco Amazonas. Dijo que no se encuentran valoradas de manera correcta las pruebas que se arrimaron al plenario, aspecto que quebranta de manera indirecta el artículo 53 de la Constitución Política.

Señaló que el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade fue pensionado, pues así se predica de los comprobantes de pago y el hecho de que no se pudiese acreditar el acto administrativo mediante el cual fue otorgada la prestación, no es un argumento de fondo respecto al principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formalidades. Esgrimió que las demandadas no aportaron dicho documento, pese a que fueron requeridas, indicio que daba lugar a que fuera beneficiario de la pensión, entre otras cosas, porque una parte fue entregada por la República del Ecuador y otra por Colombia. (Cd a fol. 318)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Solicitó se confirme el fallo de primer grado donde se declaró probada la excepción de falta de jurisdicción, de conformidad con el artículo 2 del CST.

6.2. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. Indicó que el patrimonio autónomo PANFLOTA no se constituyó para ser receptor de derechos y obligaciones de la extinta flota mercante, al contrario, el fideicomiso, fue creado como un mecanismo para la terminación del proceso liquidatorio de la Flota y no para suceder en obligaciones a la sociedad liquidada, tal como se indicó en sentencia del 22 de enero de 2015, rad. 2012-456 de este Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿La demandante acredita los supuestos fácticos que exige la ley para acceder a la pensión de sobrevivientes que deprecia en la demanda?
- (ii) Para tal efecto, se entrará a resolver ¿La actora demostró la calidad de pensionado del fallecido señor Carlos Ernesto Viteri Andrade y que tal prestación se encontraba a cargo de la extinta Compañía Inversiones Flota Mercante?
- (iii) Así mismo, ¿Fue acertada la decisión de primera instancia al estimar que de conformidad con el principio de territorialidad previsto en el artículo 2 del CST, la normatividad nacional quedó totalmente descartada cuando quiera que el

causante prestó sus servicios a la extinta Compañía de Inversiones Flota Mercante en territorio extranjero?

Fallecimiento

Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que se debe advertir es que el fallecimiento del señor Carlos Ernesto Viteri Andrade se encuentra acreditado con el registro de defunción, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 16 de marzo de 2012, como se indicó en el cartapacio (fol. 79).

Relación laboral entre Carlos Ernesto Viteri Andrade y la extinta Compañía de Inversiones Flota Mercante

Además, no fue materia de controversia por las partes las reflexiones del A quo en torno a que el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade entre el 20 de noviembre de 1953 y el 18 de mayo del 84 estuvo vinculado laboralmente a la extinta Compañía de Inversiones Flota Mercante, prestando sus servicios en la República de Ecuador, compañía que tenía afiliado a seguridad social en dicho país.

Calidad de pensionado del cujus

Debe recordarse que la discusión que propone la parte demandante estriba en que el Juez de primer grado debió atender el postulado constitucional a que refiere el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual, prima la realidad sobre formalidades, pues afirma que a partir del citado principio la calidad de pensionado del señor Carlos Ernesto Viteri Andrade se encuentra demostrado dado los medios de convicción que reposan en el informativo, a más porque las convocadas a juicio no atendieron el requerimiento elevado por el A quo, mediante el cual se solicitó allegaran los documentos tendientes a demostrar tal condición.

Sobre el particular considera la Sala desde ya que no pudo haber incurrido el A quo en el achaque endilgado, ni menos aquel desconoció el principio de prevalencia sobre las formas cuando advirtió que la demandante no acreditó la calidad de pensionado del cujus, pues al examinar la demanda no se advierte ningún elemento probatorio tendiente a determinar que en efecto el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade ostenta la calidad de pensionado de la extinta Compañía Inversiones Flota Mercante, no siendo dable, como se pretende, presumir tal condición de los recibos de pago allegados, pues si bien allí se dice que aquel recibía de su empleador "*pensión de jubilación patronal*", evidenciándose el monto de la pensión en cuantía US\$30.00, documento en el que además se observa el monto por concepto de sueldos de US: 3.75 y US\$135.62, también lo es que en ellos no se expone con claridad las condiciones reales en que le fue concedida la misma o bajo qué fuente normativa o extralegal se concedió la prestación económica, aspectos que, se repite, no se pueden deducir de los documentos aportados.

De esta manera se colige que no existen elementos de juicio que demuestren la calidad de pensionado del demandante Carlos Ernesto Viteri Andrade o por lo menos en qué condiciones normativas le fue concedida la prestación económica que se anota en los recibos de pago expedidos por el Banco Amazonas, situación que debía estar plenamente acreditada, no solo porque a partir de allí se deriva el derecho a la prestación económica reclamada, sino, además, porque permitiría establecer si la pensión de jubilación patronal que se anotó en dichos comprobantes, estuvo regulada por la legislación colombiana, aspecto que resulta de vital importancia para no traspasar los límites que impone el artículo 2º del CST.

Y es que si revisa detalladamente las pruebas documentales acusadas por la censura como no valoradas por el A quo, únicamente evidencian que el causante desempeñó actividades laborales exclusivamente en el exterior, de ahí que fuere afiliado al sistema de seguridad social en la República del Ecuador, pues así lo certifica el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mismo que pone en evidencia que los servicios prestados en la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A. sirvieron para efectos pensionales.

Lo anterior permite suponer, en principio, que la norma aplicada no fue la Colombiana y, por ende, la conclusión a la que arribó el A quo, para negar la prestación económica de ninguna forma es desacertada, ello a partir del principio de territorialidad previsto en el artículo 2º del CST, según el cual por regla general, la *"legislación laboral aplicable es la del país donde se desarrolló la relación laboral, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso"*. (SL4704-2021)

De esta manera y con fundamento en dicha preceptiva y regla jurisprudencial, esta Sala concluye que aun cuando se admitiera que con los recibos de pago expedidos por el Banco Amazonas se acredita la condición de pensionado del señor Carlos Ernesto Viteri Andrade, la ley nacional no sería la llamada a regular la prestación que hoy se reclama, sino la del país donde se desarrolló, sin que sea dable colegir, como se pretende, que por el hecho de que en los recibos de pago se menciona que la Compañía Inversiones Flota Mercante envíe a través del Banco de Amazonas el pago de *"pensión de jubilación patronal"*, sea la legislación nacional aplicable, por cuanto ese no es lo que señala el artículo 2 del CST.

En este punto, debe anotar este Tribunal que ningún esfuerzo realizó la parte actora tendiente a probar que, pese a que la ejecución del contrato de trabajo entre la Compañía Inversiones Flota Mercante y el señor Carlos Ernesto Viteri Andrade se llevó a cabo en el exterior, hubo subordinación de esta desde Colombia o que aquellos dispusieron expresamente el sometimiento a la legislación Colombia durante ese lapso, lo que permitiera sin duda la solución de la controversia con normas laborales de este país. De hecho, ni siquiera fue motivo de reproche por la accionante, de esta forma admitiendo que el *cujus* fue contratado en la República del Ecuador y fue allí donde se ejecutó la relación laboral, razón por la cual será la legislación de allí que regule no solo la posible pensión que se le reconoció al causante, sino, la prestación económica que hoy se demanda.

Lo anterior sirve, además, para que se desvirtúen los argumentos de la censura encaminados a reprochar que las codemandadas, pese al requerimiento que elevó el A quo, no allegaron las probanzas solicitadas para acreditar la calidad de pensionado del señor Carlos Ernesto Viteri Andrade, pues, no obstante que la parte interesada no hizo uso de los instrumentos procesales, para demandar que se cumpliera con la disposición judicial, la parte actora era quien debía allegar los medios de convicción tendientes a demostrar tal supuesto, en armonía al principio de autorresponsabilidad probatoria que hace alusión el artículo 167 del CGP, aspecto que no puede soslayarse o conjurar por el hecho de que la carta política señala que debe primar la realidad sobre las formas, ya que este postulado constitucional no fue concebido con el fin de suplir cargas probatorias que solo le atañen a las partes.

En el hilo de lo expuesto si lo que pretendió la demandante es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y

oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que, no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, lleva a esta Sala sin más consideraciones a confirmar la decisoria del Juez primigenio, esto es, la inexistencia de presupuesto para proferir condena, cuando quiera que no se puede establecer la calidad de pensionado del señor Carlos Ernesto Viteri Andrade o que en gracia de discusión la misma fuese regulada por la legislación nacional.

Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

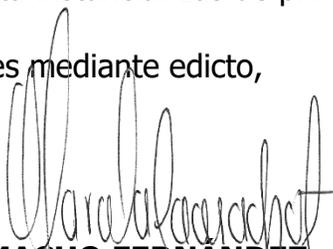
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de diciembre del 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENAS en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



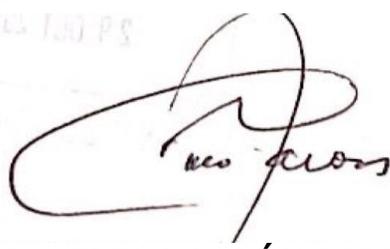
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CHRISTIAM ANDRÉS VILLAREAL OSORIO
Demandada: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN
Radicado No.: 36-2016-00128-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDADA – MODIFICA.

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Christiam Andrés Villareal Osorio instauró demanda ordinaria contra Fundación Universitaria San Martín, con el propósito de que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo vigente, el cual se ha venido renovando automáticamente y no ha tenido solución de continuidad. En consecuencia, solicita que se disponga a su favor el auxilio de cesantía, sanción moratoria y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, salarios, dotación, aportes al sistema de seguridad social integral, aportes parafiscales y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 1 de febrero del 2012 se vinculó a la encartada mediante contrato de trabajo a término fijo por un 1 año, para desempeñar el cargo de auxiliar de anfiteatro, percibiendo como último salario la suma de \$1.020.904. Expuso que la demandada entró en proceso de cesación parcial y temporal de algunas actividades con motivo de la intervención que efectuó el Ministerio de Educación Nacional desde el mes de septiembre de 2014. Indicó que prestaba sus servicios en la sede principal, sin embargo, como consecuencia de la intervención quedó en un limbo laboral, toda vez que desde aquella fecha no tuvo la posibilidad material de prestar el servicio. Agregó que el contrato de trabajo que vincula a las partes no ha tenido solución de continuidad y se encuentra vigente a la fecha, adeudando salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales. (Expediente digital, PDF 01. Expediente digitalizado 2016-00128, págs. 18 a 22).

2. Contestación de la demanda. En auto adiado 17 de octubre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda. (Expediente digital, PDF 01. Expediente digitalizado 2016-00128, pág. 96).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de febrero del 2021, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo

a término fijo, entre el 1º de febrero de 2012 y el 19 de enero de 2015. En consecuencia, condenó a la encartada al pago de salarios, cesantías e intereses a las mismas, prima de servicios, sanción por no consignación del auxilio de cesantía, vacaciones, aportes pensionales y costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante en el escrito de demanda. Con tal propósito, citó los medios probatorios allegados al instructivo y conforme a ello aludió a que se encontraba demostrado la vinculación laboral del actor desde el 1 de febrero del año 2012. Referente al extremo final sostuvo que la demandada fue intervenida por parte del Ministerio de Educación Nacional, misma que a través de acto administrativo dispuso la suspensión de todos los pagos, salvo que fueran autorizados para restablecer el servicio educativo en condiciones de calidad.

Indicó que se había allegado carta de terminación del contrato de trabajo del 19 de enero del año 2015 y certificación laboral expedida por la enjuiciada. Así las cosas, coligió que, si bien el actor no prestó servicios desde el mes de septiembre de 2014, sin embargo, en atención a las documentales referidas tomaría como fecha de terminación del mismo el 19 de enero del 2015. De esta forma señaló que la demandada mantuvo vigente la relación laboral, la cual finiquitó por la intervención del citado Ministerio, *"situación que conlleva también que no podamos entender como tal que se haya presentado, como lo menciona el extremo demandante y por lo menos hasta la fecha de presentación de la demanda la situación del artículo 140 del CST, por cuanto, pues como ya vimos, por un lado la razón por la cual se dejó de prestar el servicio no puede entenderse que haya sido una disposición del empleador o por culpa de este, se trató de una decisión de un tercero, en este caso de un órgano gubernamental y pues como vimos justamente la sede donde el accionante prestaba el servicio fue una de aquellas intervenidas."*

Conforme a ello, en lo que hace a las pretensiones de condena, principalmente de los salarios insolutos pedidos, mencionó que la encartada allegó un certificado de nómina, en la que aparece un pago completo de salario del mes de septiembre de 2014 y la primera quincena de octubre del mismo año, sin embargo, de cara a la certificación expedida por Colpatria, no figuran dichos pagos en la cuenta financiera del actor, *"al punto que aparece registrado es el de la segunda quincena del mes de agosto del año 2014"*. Por lo anterior, indicó que debía condenar a la encartada al pago de 139 días de salario, que corresponden al periodo del 1 de septiembre al 19 de enero del 2015, bajo un salario de \$1.020.904.

(Expediente digital, 03. Audiencia 30.04.2019).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la accionada formuló recurso de apelación de forma parcial en lo que hace a la condena de salarios, arguyendo que *"desde el mes de septiembre del año 2014 hasta la finalización del vínculo laboral el trabajador dejó de prestar sus servicios, no por disposición de la Fundación Universitaria San Martín, por lo cual no se puede enmarcar bajo lo dispuesto en el artículo 140 y por esa misma razón no se puede condenar al pago de salarios al no haber recibido una prestación personal del servicio de manera efectiva, que es lo que se exige para el pago y reconocimiento de los mismos (...)"*

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de

consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿El hecho de no haber prestado el actor el servicio personal entre septiembre de 2014 al 19 de enero de 2015 tiene como consecuencia jurídica la no cancelación de salarios dejados de percibir a la luz del artículo 140 del CST?

Relación laboral

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral entre las partes, sus extremos temporales, cargo y salario devengado por el actor. Debe precisarse, además, que dichas situaciones fácticas se encuentran corroboradas con el contrato individual de trabajo para personal administrativo, comunicación de terminación del vínculo laboral, liquidación de prestaciones sociales y las múltiples certificaciones laborales que fueron allegadas al cartapacio. (Expediente digital, PDF 02. Cuaderno de Pruebas 2016-00128).

Salario sin prestación del servicio

La censura radica que la cognoscente de primer grado incurrió en un yerro al no dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 140 del CST, ya que la no prestación del servicio por parte del trabajador se dio por causas no imputables al empleador ante la intervención forzosa del Ministerio de Educación Nacional; aspecto que no daría lugar al pago de salarios condenados.

Planteado como se encuentra el reproche, es menester recordar lo contemplado por la citada disposición:

"ARTICULO 140. SALARIO SIN PRESTACIÓN DEL SERVICIO. Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador."

La Jurisprudencia ha aceptado sobre tal precepto que dos son los elementos esenciales para la procedencia de su contenido: i) la ausencia de prestación de servicios del trabajador por culpa o disposición del empleador y, (ii) la vigencia del contrato de trabajo. (rad. 38949 de 20 de octubre de 2010, SL10106-2014 y SL2041-2021)

Conforme a lo anterior y en aplicación del referente jurisprudencial, corresponde realizar el análisis a las pruebas allegadas legal y oportunamente al proceso, a fin de constatar si el demandante tiene derecho a recibir los salarios con posterioridad a septiembre de 2014.

Para el efecto, se aportó al plenario carta de terminación del contrato de trabajo por la Fundación Universitaria San Martín, calendada septiembre 26 de 2016, misma que se le puso en conocimiento al trabajador que:

"Como es de su conocimiento, desde el pasado 19 de enero de 2015, Usted no presta sus servicios personales a la Fundación Universitaria San Martín, lo que implica que desde la misma data haya finalizado la relación contractual que existió entre las partes y, la cual estuvo regida por un contrato de trabajo."

Además, se allegó al informativo certificación expedida por la directora de Recursos Humanos de la enjuiciada, en la que se evidencia que le fueron cancelados salarios hasta la primera quincena del mes de octubre del año 2014, lo cual, contrario a lo señalado por

la A quo, se corrobora con los extractos bancarios expedidos por Scotiabank Colpatria, en los que se denota que el actor recibió salarios durante los últimos tres meses, así:

EXTRACTOS BANCARIOS		
MESES	FECHA CONSIGNACIÓN	SALARIO
1/08/2014 al 15/08/2014	13/08/2014	\$ 500.780
15/08/2014 al 30/08/2014	2/09/2014	\$ 510.542
1/09/2014 AL 30/09/2014	1/10/2014	\$ 1.011.232
1/10/2015 AL 15/10/2014	5/11/2014	\$ 500.780

Ahora, como se dijo, frente al extremo final de la relación laboral invocada en la demanda, ninguna dificultad probatoria presenta este supuesto, pues su terminación fue efectiva a partir del 19 de enero de 2015, según la carta de finalización atrás esbozada. Además, es un hecho cierto que el demandante desde el mes de septiembre de 2014 no prestó el servicio a favor de la Fundación Universitaria San Martín, con motivo de la intervención que efectuó el Ministerio de Educación Nacional, el cual dispuso medidas preventivas para propender por la solución de la problemática académica, administrativa y financiera que presentaba, en los términos de la Resolución 18253 de 2014 y el Decreto 2219 del mismo año; aspecto que no sobra precisar fue aceptado por las partes desde la fijación del litigio.

De las anteriores premisas y medios de convicción anotados, la Sala infiere que las circunstancias que llevaron a que el trabajador quedará imposibilitado de prestar el servicio a partir del 30 de septiembre de 2014, fueron los hechos graves relacionados, no solo con la interrupción en la prestación del servicio educativo del empleador, sino por su situación financiera que llevó a que el Ministerio de Educación Nacional, mediante Resolución 00841 de 2015, suspendiera la renovación de registros calificados, entre otros, del programa de medicina a partir del 19 de enero del 2015, facultad donde el actor desempeñaba sus labores.

De ahí que deba entenderse que por culpa del empleador el trabajador se vio afectado con la imposibilidad de desarrollar la actividad laboral para la cual fue contratado y, por ende, se encuentre en la situación prevista por el artículo 140 del CST, de allí que al estar su contrato vigente, la enjuiciada esté obligada al pago de los salarios que han corrido desde el 16 de octubre de 2014 hasta el 19 de enero de 2015, fecha en la que Fundación Universitaria San Martín le entregó la comunicación que tuvo con el fin enterar la finalización del vínculo laboral.

Así las cosas, es claro que los reproches no prosperan, a más porque contrario a lo dicho por la censura, la prestación del servicio educativo no fue interrumpida a partir de septiembre de 2014, sino desde el 19 de enero de 2015, en los términos de la Resolución 00841 de 2015, acto administrativo que no sobra precisar puso de presente el deficiente mal manejo de su situación financiera, con posterioridad a la fecha en que se tomaron medidas de prevención a través de la Resolución 18253 de 2014.

Ahora, como se anticipó por la Sala, se modificará la sentencia de primer grado en tanto que los salarios que deben correr son desde el 16 de octubre de 2014 al 19 de enero de 2015, pues las documentales examinadas en conjunto permiten inferir que el actor si recibió el pago de salario antes del 16 de octubre de 2014 y siendo así no hay lugar a un doble pago. Para dicha remuneración se tendrá en cuenta un salario de \$1.020.904 mensuales, pues tal aspecto no fue reprochado por las partes.

Por lo antes referido le corresponde al demandante las siguientes sumas de dinero, por los rubros que a continuación se enlistan:

SALARIOS INSOLUTOS		
DESDE	HASTA	SALARIO
15/10/2014	31/10/2014	\$ 510.452
1/11/2014	30/11/2014	\$ 1.020.904
1/12/2014	31/12/2014	\$ 1.020.904
1/01/2015	19/01/2015	\$ 646.573
TOTAL		\$ 3.198.833

Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

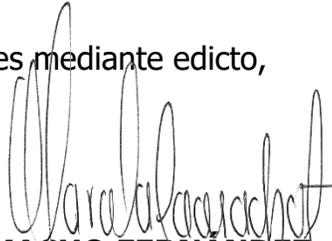
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1º del ordinal 2º de la sentencia proferida el 11 de febrero del 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** a pagar al demandante por concepto de salarios insolutos la suma de \$3.198.833, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

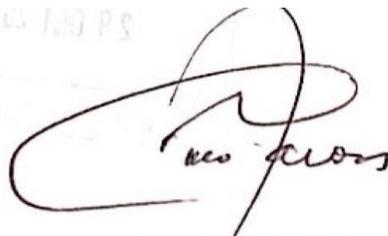
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JORGE ORLANDO PERALTA FERNANDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.,
RADICACIÓN: 110013105-020-2020-00390-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. JHEISSON SANTIAGO GARZON PIAMONTE, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JORGE ORLANDO PERALTA FERNANDEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; que se ordene a las codemandadas a realizar las gestiones administrativas para declarar ineficaz el traslado de régimen; que como consecuencia de lo anterior se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante; que se ordene a Colpensiones a una vez recibidos los aportes del demandante de parte de Porvenir proceda a corregir y actualizar la historia laboral; que se declare que para todos los efectos la única afiliación válida fue la efectuada en el RPMPD, lo extra y ultra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 15 de mayo de 1959; que se afilió al RPMPD el día 20 de marzo de 1979 con la Caja Nacional de previsión social – CAJANAL; que el 01 de noviembre del 2000 se trasladó del RPMPD al RAIS a través de Horizonte, hoy Porvenir; que se presentó falta al deber de información por parte de la AFP del RAIS; que el valor de la mesada pensional con Porvenir S.A. sería de \$877.803, mientras que en el RPMPD sería de \$4.008.156; que elevó derecho de petición a Porvenir S.A. el 06 de noviembre de 2020 solicitando la ineficacia del traslado de régimen efectuado y finalmente que el 06 de noviembre de 2020 solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen.(fols. 1 a 16).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 68 y 69); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó

ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; que las documentales se encuentran sujetas a derecho; que dicho formulario se suscribió de manera libre y voluntaria; que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con la ley 197 de 2003; que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó el demandante; propuso como excepciones las que denomino errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al RPMPD; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y finalmente la innominada o genérica. (Fols. 210 a 247)

3.2 AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que el traslado fue producto de una decisión libre e informada después de ser ampliamente asesorado; que la permanencia en el RAIS durante 20 años ha sido producto de la voluntad del demandante; que no es procedente decretar la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento; que no procede la condena de devolución de los gastos de administración de acuerdo a los dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993; que también en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes; que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción; que en concepto No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2000 se indicó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado; que de ordenar el traslado de estos valores se configuraría un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones; que se debe condenar a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados; que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para el traslado; que ninguna de las pretensiones está llamada a prosperar por no existir fundamento fáctico ni jurídico. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y finalmente la genérica (Fols. 88 a 112)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de septiembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS; declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones; Ordenó a la AFP Porvenir a devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros a COLPENSIONES y bonos pensionales si los hubiere a su emisor; condenó en costas a las demandadas Colpensiones y la AFP Porvenir S.A.

La decisión tuvo sustento en el artículo 271, 272 y 13 literal b de la ley 100 de 1993; artículo 167 del CGP; artículo 1604 del CC; SL 319890, SL 31314, SL 4964 de 2018, SL

4989 de 2018, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 3464 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 373 de 2021, SL 49741 de 2018, SL 1663 de 2018, SL 3807 de 2018, SL 1429 de 2019; señalando que la violación del derecho a la libre afiliación del trabajador tiene como consecuencia la ineficacia; una de las formas de atentar contra la afiliación del trabajador es no suministrarle la información clara, suficiente, completa y objetiva de las consecuencias del traslado; que la ineficacia se da cuando hay asimetría de la información; que no es suficiente la suscripción del formulario sino el cotejo de la información que se le brindó; que corresponde a las AFP que efectúen el traslado allegar al juicio la información proporcionada al afiliado; que la carga de la prueba corresponde a la demandada; que la AFP incumplió el deber de información al demandante; que la AFP debía brindarle la información sobre las consecuencias de abandonar el RPMPD; que el formulario solo acredita el consentimiento pero no que este fuese informado.

Bajo ese panorama, dedujo que la AFP no acreditó la información exigida, y en consecuencia, dio prosperidad a la ineficacia del traslado, ordenando a PORVENIR S.A. devolver los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros y bonos pensionales si existiesen, precisando que no opera la prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso de apelación señalando que el artículo 167 del CGP reza que la carga de la prueba incumbe a las partes; que los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por la parte que la alega; que no se puede trasladar la carga de la prueba a la entidad; que de conformidad con la sentencia del 25 de octubre de 2017 no se presentan los vicios del consentimiento; que no se aportaron las pruebas pertinentes o suficientes, además que la carga procesal es de la parte demandante; que un error de derecho que no tiene el alcance de viciar el consentimiento; que la carga de la prueba resulta desproporcionada; que han transcurrido más de 15 años por lo que es imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado; que nadie está obligado a lo imposible; que la condena en costas y agencias en derecho genera un detrimento patrimonial al fondo; que al no tener injerencia sobre las decisiones del demandante esta no tiene que asumir las consecuencias. En síntesis, solicita se revoque la sentencia y se absuelva de todas las pretensiones de la demanda.

5.2 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad, señalando que el artículo 271 estipula situaciones de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, que supone dolo, lo que no fue probado dentro del proceso; que el formulario de afiliación es un documento válido que se presume auténtico y no fue tachado de falso; que el formulario de afiliación es suficiente para demostrar que el demandante fue ampliamente informado; que no se indica cuáles son las pruebas para demostrar la validez del acto; que el fundamento de pretender la ineficacia es la inconformidad con el monto pensional; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que él no procuró el cambio de régimen cuando aún estaba a tiempo para hacerlo; que el demandante también recibía los extractos del fondo y no se detenía a verificar la información entregada; que durante todo el trayecto de la afiliación se cumplió con el deber de información; que los gastos de administración están permitidos y son otorgados por la ley en retribución de la buena administración que ha generado la AFP; que en el RPMPD también se destina un 3% de cotización a financiar gastos de administración; que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión

de vejez; que a favor de Colpensiones se genera un enriquecimiento sin causa; que la SIF ha indicado que en evento de una nulidad o ineficacia no procede la devolución de la prima provisional de seguros y gastos de administración.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que al demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

6.2 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, y que no se condene en costas.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de primera instancia, dado que se configura la ineficacia del traslado conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la

afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ibídem*, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor JORGE ORLANDO PERALTA FERNANDEZ, entre marzo de 1979 hasta marzo de 1981 cotizó a CAJANAL (Fol. 61 y 62), luego se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 19 de septiembre de 1994, con cotizaciones hasta el 01 de mayo de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 37 y 38); que el 10 de octubre de 2000 suscribió formulario de afiliación con Horizonte, hoy Porvenir S.A. (Fol. 161), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 172 a 184).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales

derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier hecho pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor) con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración y comisiones y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *".../as <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 02 de septiembre del 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia venida en apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARISOL TRIANA PERDOMO
DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 110013105-036-2019-00560-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARISOL TRIANA PERDOMO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad y en subsidio la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por Protección S.A. ante la omisión del deber de información; que como consecuencia se condene a Protección S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado; que se condene a Colpensiones a recibir como afiliada a la demandante, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS; que se condene a lo ultra y extra petita, y las costas y gastos del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada al ISS desde julio de 1994 hasta agosto de 1998; que estando afiliada al ISS fue trasladada al fondo de pensiones y cesantías Protección S.A.; que al momento del traslado no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; que el 04 de julio de 2019 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen y esta rechazó la solicitud. (fols. 5 a 23).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 106); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a totalidad de las pretensiones con fundamento en que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría por parte de la AFP Protección; que si la demandante decidió acogerse al RAIS fue precisamente por la información brindada; que no se configura ninguna causal que haya viciado el consentimiento de

la demandante; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 de 2003; que la demandante no hizo uso de la figura de retracto, ni se preocupó por su situación pensional. Como excepciones propuso las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, y la innominada o genérica (Fols. 113 a 132)

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda señalando que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario de vinculación se suscribió de forma libre y expresa; que la demandante no puede pretender la declaratoria de una nulidad o ineficacia soportado en sus expectativas económicas; que mediante re asesoría del 25 de noviembre de 2011 se le explicó cómo se iba a liquidar el monto de su mesada pensional; que a pesar de la re-asesoría y la información brindada la demandante decidió continuar en el RAIS; que la demandante decidió permanecer en el RAIS y aportar voluntariamente para mejorar su mesada pensional; que no procede la devolución de cuotas de administración dado que se trata de comisiones ya pagadas y causadas; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal; que no hay lugar para que se predique conducta alguna contra el fondo. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (Fols. 1 a 21) (ED 02)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de agosto de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS con la AFP Protección S.A; condenó a Protección a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, donde incluya las cotizaciones y rendimientos sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra; declaró no probada la excepción de prescripción y finalmente condenó en costas a Protección S.A..

La decisión tuvo sustento en la ley 100 de 1993, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 656 de 1994, Decreto 663 de 1993, Ley 795 de 2003, sentencias SL 31989, SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 593 de 2021, SL 4360 de 2019 y la STL 1736 de 2020, señalando que el deber de información recae sobre las AFP y el deber de asesorar en debida forma a los afiliados y potenciales afiliados; que se han venido precisando posturas como que no es necesario que las personas que señalen la falta del deber de información se encuentren dentro del régimen de transición; que no recae en la demandante demostrar algún vicio del consentimiento; que no es necesario que se demuestre algún perjuicio económico derivado de la falta del deber de información; que la sola firma en el formulario de afiliación no exime ni es indicativo que el afiliado haya recibido la información suficiente; que no es posible aplicar las reglas de la nulidad; que son las AFP quienes deben demostrar que se suministró la información suficiente; que a pesar de que el afiliado reciba una re asesoría la oportunidad de recibir la información es al momento del traslado y no con

posterioridad; que la ineficacia del traslado no se puede entender subsanada por el paso del tiempo o ratificación.

Así las cosas, en el caso concreto precisó que la AFP no logró acreditar que suministró la asesoría integral exigida, sin que logre la re-asesoría convalidar la falta de información al momento del traslado inicial, y por ende, dio prosperidad a la ineficacia del traslado, ordenando a la AFP trasladar los valores como cotizaciones y rendimientos sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso de apelación contra la totalidad de la sentencia proferida por el a quo a fin de que se revoque, señalando que Colpensiones funge como tercero de buena fe; que la demandante no acredita con suficiencia probatoria que la afiliación estuviera afectada de nulidad o ineficiencia; que se presentó ratificación de la afiliación por el paso del tiempo; que el deber de información ha evolucionado con el tiempo, por lo que para el momento en que trasladó solo era necesario el formulario de afiliación; que no se requería hacer comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas; que para la época del traslado no estaba regulada la doble asesoría; que se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse; que nunca se acercó a Colpensiones o el fondo privado a preguntar sobre las cotizaciones de su futuro pensional, lo que permite concluir que su voluntad era estar en el RAIS; que lo que se evidencia por parte de la demandante es una conducta omisiva; solicita se tenga en cuenta el nivel académico profesional de la demandante; que se está vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional; que Colpensiones será quien finalmente asumirá impositivamente las cargas derivadas de esa decisión, y finalmente se solicita se tenga en cuenta la sentencia C1024 de 2004, C 625 de 2007, SU 062 de 2010 y la C 789 de 2002.

5.2 PROTECCIÓN S.A.: Interpuso recurso de apelación señalando que el literal b) del artículo 60 de la ley 100 de 1993 estableció que en ambos regímenes una parte del ahorro iría destinada al pago de primas de seguros previsionales, otro a financiar el fondo de solidaridad pensional y otro a cubrir los gastos de administración; que devolver los gastos con cargo a las utilidades constituye una sobre-remuneración injustificada; que dichos emolumentos son autorizados por vía legal; que dichos dineros entran al fondo con origen legítimo y legal; que la demandante tenía conocimiento de los rendimientos financieros y de la información económica y financiera respecto de su cuenta de ahorro individual; que la devolución de estos valores constituyen un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y de Colpensiones; que existe una vulneración al derecho de igualdad; que se está perturbando la estabilidad financiera y económica del sistema general de pensiones; que en el RPMPD se hacen descuentos sin que haya unos rendimientos; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para realizar el traslado; que solamente se pueden retornar los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual y los correspondientes rendimientos; que nadie está obligado a lo imposible. En síntesis, solicita se revoque la sentencia en especial la condena a la devolución de gastos, costas procesales y otros gastos que no sean los habidos en la cuenta de ahorro individual.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Solicita que se confirme la decisión de instancia por estar apegada a derecho, y además se ciñe al precedente del órgano de cierre en material laboral.

6.2 Proteccion S.A.. Peticiona que se revoque la decisión de instancia en lo que refiere a los gastos de administración, prima de seguro previsional y fondo de solidaridad pensional, ya que no hay soporte normativo que sustente tal condena.

6.3 Colpensiones. Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARISOL TRIANA PERDOMO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 18 de julio de 1994 hasta el 30 de agosto de 1998 (Fol 138) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección fechado de 24 de agosto de 1998 (Fol. 22 archivo No 02), entidad donde se encuentra actualmente afiliada.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial

las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que el afiliado sea profesional pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo – re asesoría

Se le debe indicar a las recurrentes respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí

que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora) con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos

casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

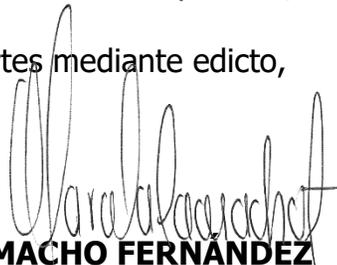
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 19 de agosto del 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia venida en apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

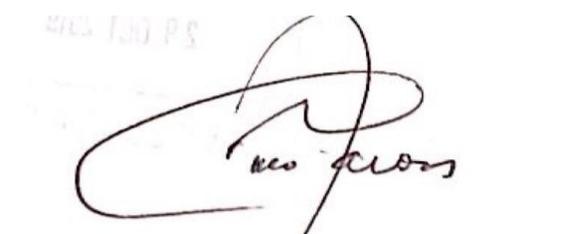
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GILBERTO FRANCO BARACALDO.
DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-019-2019-00570-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SANDRA PATRICIA VARGAS BOADA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GILBERTO FRANCO BARACALDO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPMPD al RAIS. Como consecuencia, se ordene que Porvenir S.A retorne al demandante junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubiesen causado al RPMPD; que se ordene a COLPENSIONES a recibir al actor sin solución de continuidad en la afiliación; se condene a lo ultra y extra petita, y a las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 08 de julio de 1960; que desde el 05 de agosto de 1983 hasta el 30 de abril de 1999 estuvo afiliado en el ISS; que para el mes de marzo de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir SA; que no le fue brindada información cierta, completa y comprensible por parte de Porvenir S.A.; que tiene un total de 1589 semanas cotizadas al 28 de febrero de 2019 y continúa cotizando; que el 28 de mayo de 2019 radicó derecho de petición ante Porvenir solicitando el retorno al RPMPD y este le fue negado; que el 28 de mayo de 2019 presentó derecho de petición solicitando se declare la nulidad del traslado de régimen y el 03 de junio de 2019 fue respondido manifestándole que no era posible realizar la nulidad del traslado; que Porvenir realizó una simulación pensional indicándole que a los 62 años obtendría una mesada pensional de \$828.116 y, finalmente que la proyección realizada por Colpensiones al momento de cumplir 62 años es de \$1.991.900 (fols. 4 a 14).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 130); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que a su juicio no obra prueba alguna de que el demandante se le hubiese hecho incurrir en error; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; que las documentales se encuentran ajustadas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones de constreñimiento o presiones indebidas; que no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 y que no procede el traslado; que se encuentra dentro de la prohibición de los 10 años o menos; que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión del demandante. Como excepciones propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y finalmente la innominada o genérica (Fols. 133 a 170).

3.2 PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la afiliación del demandante con esta fue de manera libre de presiones o engaños; que el formulario debe presumirse auténtico; que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación; que la ineficacia opera frente a los actos que impidan o atenten con el derecho de afiliación al sistema, esto es, cuando la conducta es dolosa; que cumplió con todas las obligaciones respecto al deber de información conforme a lo expuesto en la Circular Externa de la SIF y de acuerdo a la normatividad vigente para la fecha del traslado; que la suscripción del formulario fue de manera libre, voluntaria y espontánea; que no se encuentra en la obligación de trasladar sumas de dinero correspondientes a los bonos pensionales, aportes, intereses y rendimientos como consecuencia de las cotizaciones realizadas por el demandante; que en la medida que ninguna de las pretensiones de la demanda está llamada a prosperar, no existe fundamento fáctico ni jurídico para la condena en costas y agencias en derecho. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y, la genérica (fols. 101 a 117).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de septiembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del RPMPD al RAIS a través de Porvenir SA; declaró válidamente vinculado al demandante al RPMPD administrado por Colpensiones como si nunca se hubiese trasladado; condenó a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, y condenó en costas a Colpensiones y la AFP Porvenir.

La decisión de la a quo tuvo sustento en la Ley 663 de 1993; las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 17595 de 2017 y SL 4989 de 2018, señalando que el simple consentimiento vertido en el formulario es insuficiente; que es desacertada la postura que la firma en el formulario de afiliación y las leyendas impresas en el mismo son suficientes para acreditar el cumplimiento del deber de información, ya que esto a lo sumo indica un consentimiento pero no informado; que se debe verificar que la información impartida por el asesor debió contener características favorables y desfavorables para el potencial afiliado, o al menos el capital mínimo requerido para acceder a la prestación de vejez; que la carga de la prueba está en cabeza de las AFP; que el traslado inicial no se convalida con los diferentes traslados dentro del RAIS; que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición; que las AFP deben suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia al potencial afiliado; que Porvenir debe probar que se le brindó la información y el cumplimiento de su obligación; que del formulario no se puede evidenciar que se le haya brindado información suficiente.

Bajo los anteriores derroteros, llegó a la conclusión que en el presente caso no se demostró que PORVERNIR S.A. haya suministrado la información exigible al demandante, y por ello, dio prosperidad a la ineficacia del traslado de régimen, ordenando a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas de los aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros sin descontar los gastos de administración.

Consideró que la prescripción no puede ser declarada, ya que involucra el derecho pensional y es una pretensión declarativa. Finalmente, condenó en costas a cargo de la parte vencida.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso de apelación contra la totalidad de la sentencia solicitando se revoque en su integridad bajo el argumento que el demandante no cumplió con los presupuestos establecidos en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 y en consecuencia la afiliación tiene plena validez, teniendo en cuenta que no se logró probar la existencia de algún vicio en el consentimiento; que para esa fecha el demandante contaba con 61 años razón por la cual no es posible realizar el traslado de régimen; que el demandante nunca dejó de cotizar al fondo privado; que nunca acudió a solicitar información adicional pese a que tenía conocimiento de cómo funcionaban los regímenes pensionales; que de conformidad con el artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 el fondo privado suple sus obligaciones relativas al deber de información al momento de suscribir el formulario de afiliación; que en dicho formulario se manifiesta que se hace de manera libre y voluntaria; que la Corte Constitucional ha señalado también que el afiliado debe preguntar sobre su futuro pensional en los fondos; que quien debe soportar la carga pensional es Colpensiones; que las sumas que se ordenan trasladar no alcanzan a cubrir el monto total de la pensión de vejez del actor; que existe un quebrantamiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema; que debe darse la prevalencia del interés general sobre el particular, y finalmente que no es procedente la condena en costas ya que esta ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó él demandante.

5.2 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad el fallo proferido por el a quo, manifestando para tal efecto que no comparte la decisión de la declaratoria de la ineficacia por no haber allegado al proceso pruebas

adicionales al formulario de afiliación; que para la época que se realizó el traslado estaba la obligación de brindar la información, situación que no desconoce, sin embargo, no era obligatorio dejar documentada la información que se le brindaba al potencial afiliado; que la imposición de dicha carga es desproporcionada; que el formulario no fue tachado ni objetado; que la AFP cumplió con los requisitos que estaban vigentes para ese momento; que el traslado surgió a la vida jurídica de forma válida y efectiva; que existen actos de relacionamiento de la parte demandante ya que permaneció durante 21 años en el RAIS y en ningún momento manifestó inconformidad o queja; que el estar inconforme con el monto de la mesada pensional no es argumento suficiente para declarar la nulidad o ineficacia; que en caso de confirmarse la sentencia no se condene a devolver las comisiones de administración, teniendo en cuenta que dicho emolumento está destinado a retribuir la buena gestión del fondo; que la SIF ha establecido que cuando se declara la nulidad o ineficacia solamente procede devolver las cotizaciones junto con los rendimientos, sin que haya lugar a devolver suma adicional; que el descuento por gastos de administración también lo realiza el RPMPD; que la devolución de dichos dineros configuraría un enriquecimiento sin causa, además que le sería aplicable la prescripción parcial; que los efectos de la ineficacia es volver las cosas a su estado anterior y como consecuencia daría lugar a entender que no existe administración, y por ende no se generan rendimiento. Finalmente que solo le están aplicando los efectos de la ineficacia a una de las partes.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que al demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

6.2 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, y que no se condene en costas.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de primera instancia, dado que se configura la ineficacia del traslado conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor GILBERTO FRANCO BARACALDO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 04 de agosto de 1983 hasta el 30 de abril de 1999 conforme a la historia laboral aportada por Colpensiones (Fol 22-25) y que suscribió formulario con la AFP Porvenir fechado de 11 de marzo de 1999 (Fol 119), entidad donde se encuentra actualmente afiliado conforme su historia laboral de cotizaciones (Fol. 38 a 47)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra

en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de

información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier situación y no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera**

íntegra a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópicamente encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Por lo anterior es necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*.../las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha

causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP se condenará a la parte vencida, y COLPENSIONES fue parte vencida en primera instancia, aunado a la férrea oposición realizada, por lo que no prospera la apelación en este tópico.

DECISIÓN

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

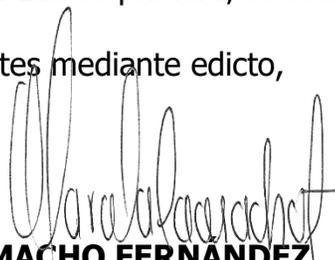
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 15 de septiembre del 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia venida en apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

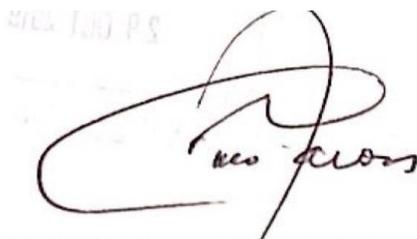
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIA ISABEL VALBUENA MORALES.
DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.,
RADICACIÓN: 110013105-008-2019-00865-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Maria Isabel Valbuena Morales instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el fin de que se ordene la nulidad o ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS. En consecuencia, se condene a AFP Protección S.A. trasladar los aportes realizados por la actora en el RAIS al RPMPD, costas procesales e intereses y/o rendimientos generados en la cuenta individual de pensión obligatoria.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 01 de septiembre de 1967 y que su primera afiliación fue al ISS el 14 de noviembre de 1984, cotizando en el RPMPD un total de 629.43 semanas. Expuso que el 1 de septiembre de 2006 efectuó el traslado de régimen administrado por AFP Protección S.A., quien le brindó información errónea, ya que no le dio a conocer las ventajas y desventajas que generaría dicho traslado. Además, aludió a que después de una gran presión psicológica por parte del vendedor del fondo de pensiones y continuas llamadas a su trabajo, se le indujo a error para que realizara el traslado de régimen. Advirtió que la decisión de trasladarse de régimen no fue informada, autónoma y consciente. (fols. 3 a 26).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 79); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1. Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias y en consecuencia solicita se absuelva a Colpensiones señalando que esta desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado; que el traslado de la demandante obedece al ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen y además es plenamente válido; que no puede ser condenado en costas y agencias ya que solo es vinculado al proceso por ser la administradora del RPMPD al cual retornaría la actora más no porque presente oposición directa a las pretensiones de la demanda; como excepciones propuso las que denominó prescripción y caducidad; declaratoria de otras excepciones y finalmente la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Fols. 82 a 86)

3.2 AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda señalando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que la demandante en su vinculación dejó estipulado que este se realizó de manera libre y espontánea; que dicho acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A.; que a través de la firma del formulario de afiliación es una señal de aceptación y una manifestación inequívoca de la voluntad de trasladarse; que dicho traslado cumplió con todos los requisitos de existencia y calidez; que la demandante no puede soportar la solicitud de nulidad o ineficacia en sus expectativas económicas; que un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no por la favorabilidad económica de un acto jurídico; que la forma en que se liquide la pensión de vejez en el RAIS está consagrada legalmente; que la afiliación de la demandante al RAIS es totalmente válida y eficaz ya que fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes; que no hay causal legal que lo faculte para trasladar a Colpensiones el monto del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que los aportes que se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS; que no hay lugar a que se condene a devolver a Colpensiones intereses financieros ya que Protección S.A. no es poseedor de dichos dineros; que no es posible dar aplicación al artículo 1746 del CC ya que no se ha demostrado la existencia de deterioro alguno en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que no es aplicable el artículo 963 del CC ya que Protección no es poseedor de los dineros de la cuenta de ahorro individual; que no puede devolverse el pago al fondo de garantía de pensión mínima pues el pago de este concepto se realiza mes a mes y estos dineros son utilizados a favor de terceros que no cumplieron los requisitos mínimos para generar el derecho a la pensión en el RAIS; que en el caso en que se condene a trasladar los aportes de la demandante a Colpensiones, no es posible que se ordene trasladar concepto diferente al dinero que se encuentra en su cuenta de ahorro individual más los respectivos rendimientos; que en relación a los gastos de administración la deducción del dinero se realizó como consecuencia de una disposición legal válida, exequible, aplicable y vigente; que en cuanto a trasladar a Colpensiones el dinero de sumas adicionales del seguro previsional Protección S.A. no ha recibido suma alguna por este concepto, ya que estos dineros solo se generan en el evento que la afiliada no tenga el dinero suficiente para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia; que no hay lugar a que se predique conducta alguna en contra de este fondo y solicita se condene a la demandante al pago de costas por no tener asidero en sus pretensiones; como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; prescripción; reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de

devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y finalmente la innominada o genérica. (Fols. 90 a 104)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de septiembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS; declaró que la demandante está válidamente vinculada al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado de régimen; condenó a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros y sin descontar gastos de administración; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas y finalmente condenó en costas a Colpensiones y Protección y fijó la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las accionadas.

La decisión del juez tuvo sustento en la ley 795 de 2003 y las sentencias SL 1421 de 2019, 1452 de 2019, 1688 de 2019 y la SL 1689 de 2019 señalando que el simple consentimiento vertido en el formulario es insuficiente; que la firma vertida en el formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en ellos no son suficientes para demostrar ese deber de información y a lo sumo acreditan el consentimiento pero no informado; que el promotor o el asesor de la AFP tiene que haber indicado los aspectos favorables y desfavorables del régimen; que la carga del consentimiento informado está en cabeza de las AFP y estas deben demostrar que cumplieron efectivamente ese deber; que la falta de información inicial no se convalida por los diferentes traslados entre administradoras; que no es necesario que el afiliada tenga un derecho consolidado o ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la ineficacia; que las entidades deben suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen; que Protección debía brindar la información y probar el debido cumplimiento de este deber; que no se logró evidenciar las informaciones o manifestaciones hechas por la AFP demandada como el cumplimiento del deber de información; que del formulario no se puede extraer ningún tipo de asesoría; que la información no fue impartida al momento de generar el traslado y esto no se convalida; que del interrogatorio de parte no se puede extraer ninguna confesión; que la AFP debe trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos sin descontar gastos de administración además de todo el capital depositado en la cuenta de ahorro individual y finalmente que no es posible aplicar la prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso de apelación parcial para que sea revocado y adicionado en dos sentidos, el primero de ellos hace referencia a la revocatoria de la condena en costas manifestando que no fue esta entidad quien dio lugar al litigio y señalando que estaba impedida para aceptar su retorno al RPMPD por lo que la demandante estaba inmersa dentro de la prohibición de la ley 797 de 2003. En segundo sentido que la sumas que se ordenaron a devolver a la AFP Protección sean debidamente indexadas hasta la fecha de pago y cumplimiento de la sentencia, agregando que los gastos que han sido descontados han sufrido depreciación monetaria por el paso del tiempo.

5.2 AFP Protección S.A.: Interpuso recurso de apelación parcial solamente en lo referente a la devolución de las comisiones de administración señalando que estos son descuentos autorizados en la ley; que dicho descuento del 3% es utilizado para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional; que dicho descuento opera en ambos regímenes; que los rendimientos que aparecen en la cuenta de ahorro individual de la demandante demuestran una buena administración; que ordenar la devolución de dichos gastos se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que Protección tiene derecho de conservar dichas sumas como restitución mutua a su favor; que la SIF en concepto del 17 de enero de 2020 indicó que al declararse judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo 7 del decreto 3995 de 2008, el cual establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de la administradora desarrollada; que respecto de estos valores opera la prescripción y finalmente que estos no financian directamente la prestación económica por vejez.

7. Alegatos de conclusión.

7.1 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado.

7.2 DEMANDANTE.: Solicita que se ratifique la decisión de primera instancia, dado que se configura la ineficacia del traslado conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por AFP Protección S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes. Además, se estudiará en consulta en favor de la entidad en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Maria Isabel Valbuena Morales se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 15 de febrero de 1988, con cotizaciones hasta el 12 de octubre de 2006, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 45-49) y que suscribió formulario de afiliación con fecha del 1 de noviembre de 2006 (Fol. 108), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de

proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2006- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros

previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP protección S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas en primera instancia a cargo de Colpensiones

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderada en el recurso de apelación y menos aun

cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

Costas en segunda instancia

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021, por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR a AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a favor de la actora y a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

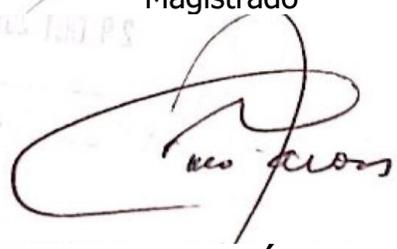
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: VICTORIA EUGENIA ARIAS DUARTE.
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-034-2020-00099-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO HUERFANO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Victoria Eugenia Arias Duarte instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia según se demuestre del traslado del RPMPD al RAIS; que se declare para todos los efectos jurídicos que siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad; que se ordene a los fondos privados demandados la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas estuvieron bajo su administración; que se ordene a Colpensiones reactivas la afiliación del demandante y considerando para todos sus efectos que siempre ha estado afiliado al RPMPD además de recibir los aportes y rendimientos devueltos por los fondos privados demandados y a actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición del demandante; que se condene a los fondos privados demandados al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causado los cuales estima en 200 SMLMV o la suma que considere el juez y finalmente que se condene en costas a las entidades demandadas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 30 de agosto de 1964; que ha laborado para la federación nacional de cafeteros; que estuvo afiliada al RPMPD administrado por el ISS desde 1997; que el 02 de noviembre del 2000 por no recibir información suscribió formulario de afiliación con Protección S.A.; que el 4 de agosto de 2003 por no recibir información suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A.; que se afilió a dichos fondos por considerar que el RAIS le era mucho más

beneficioso que el RPMPD; que una vez comenzaron a funcionar los fondos privados estos comenzaron a ejercer publicidad muy agresiva; que los promotores o asesores encargados de la afiliación o traslado no contaban con título ni formación profesional; que no le hicieron las advertencias de riesgos que existían por trasladarse; que no le advirtieron que la pensión podría ser inferior a la del RPMPD; que no le advirtieron que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente; que no le advirtieron que el valor de la mesada pensional depende de la modalidad que escoja; que no le advirtieron que la negociación del bono pensional implica un importante sacrificio financiero; que no le explicaron cómo funciona financieramente el fondo privado; que no le informaron que era un bono pensional; que no se le informó el derecho de retractarse; que le dijeron que la condición pensional sería mucho más ventajosa, que el RPMPD desaparecería, que le convenía trasladarse porque la pensión sería mejor, que la situación no le era desventajosa, que solo tenía que firmar un documento para hacer efectivo el traslado; que Porvenir realizó la proyección pensional el cual arrojó un valor de \$877.803 mientras que en el RPMPD sería de \$2.264.513; que el RAIS le es mucho más desfavorable; que el consentimiento de la demandante estuvo viciado; que el 20 de diciembre de 2019 presentó solicitud ante Colpensiones; que el 23 de enero de 2020 presentó solicitud ante Porvenir S.A. y Protección S.A.; que el 24 de diciembre de 2019 Colpensiones contestó de manera negativa; que el 29 de enero de 2020 Protección dio respuesta negativa y finalmente que el 23 de enero de 2020 Porvenir indicó que a más tardar el día 05 de marzo de 2020 obtendría respuesta.

(Expediente digital, PDF 01.01 99-2020 (fls. 1-67)).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 06. Comprobante de notificación (fls. 525 a 544)); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante; que las documentales se encuentran sujetas a derecho; que se hizo de manera libre y voluntaria; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que se encuentra dentro de la prohibición de la ley 797 de 2003; que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal; que nada tuvo que ver con la decisión de la demandante; como excepciones propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y finalmente la innominada o genérica.

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de pretensiones señalando que el acto es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario se realizó de manera libre y espontánea; que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la

demandante y Protección; que la firma del formulario de afiliación es señal de aceptación; que el acto de traslado cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce efectos jurídicos; que la forma en la que se liquide la pensión de vejez en el RAIS no es óbice para que se declare la ineficacia o la nulidad; que el traslado es totalmente válido y eficaz ya que se realizó con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes; que se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003; que Protección no es poseedor de los dineros que se encuentran en las cuenta de ahorro individual que administra; que no es posible aplicar el artículo 1746 del código civil y tampoco el artículo 963 del código civil; que no es posible que se ordene trasladar dineros diferentes a los que se encuentran en la cuenta de ahorro individual más los respectivos rendimientos; que el pago al fondo de garantía de pensión mínima no puede devolverse ya que este se realiza mes a mes y son utilizados a favor de terceros que no cumplieron los requisitos mínimos para generar el derecho; que las sumas adicionales del seguro previsional no las ha recibido y no se encuentra acreditado en la cuenta de ahorro individual; que no debe asumir las consecuencias patrimoniales de actos emanados de la voluntad de la demandante; que debe verificarse si se configuran los 3 elementos constitutivos de la responsabilidad civil; que no allegó prueba siquiera sumaria que acredite la supuesta afectación sufrida; que de acuerdo al artículo 206 del CGP consagra que quien pretenda la indemnización económica debe estimar su monto en forma razonada, discriminando cada uno de los conceptos; que no hay lugar a que se predique conducta alguna en contra de esta; como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; innominada o genérica y finalmente la de traslado de la totalidad de aportes a Porvenir.

3.3 PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la demandante ha reiterado su voluntad de permanecer en el RAIS; que la decisión fue libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada frente a las implicaciones de su decisión; que el formulario de afiliación al ser un documento público debe presumirse auténtico; que la demandante ha permanecido en el RAIS durante 20 años; que jamás expresó inconformidad alguna por ausencia de información; que no existieron vicios del consentimiento; que no es posible aplicar el artículo 271 de la ley 100 de 1993 ya que este opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; que cuando se realice un traslado del RAIS al RPMPD se transferirá a este último el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, que se acreditará en los términos de semanas cotizadas de acuerdo con el SBC; que no procede la condena de devolución de los gastos de administración de acuerdo al inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993; que en el RPMPD también se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración; que en concepto del 17 de enero de 2000 por la SIF se indica que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional en consideración a que la aseguradora cumplió con su deber contractual; que se configuraría un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones; que no existe norma que disponga tal devolución; que estos dineros no están destinados a financiar la prestación del afiliado; que de ordenar esa devolución debe condenarse a la demandante a restituir los frutos financieros que le fueron

consignados a su cuenta de ahorro individual; que no existe fundamento fáctico ni jurídico para la imposición de costas o agencias en derecho; como excepciones propuso las que denominó prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de agosto de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; condenó a la AFP Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Porvenir S.A. absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda; declaró no probadas las excepciones propuestas y finalmente condenó en costas a la AFP Protección S.A. y fijó como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

La decisión del Juez se tuvo sustento en la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b; el artículo 97 en su numeral 1 del decreto 663 de 1993; el decreto 656 de 1993 y las sentencias SL 2324 de 2019 y la 4964 de 2018 señalando que las AFP en el buen manejo de la seguridad social se debe lograr una debida asesoría a su afiliado o potencial afiliado; que las AFP deben garantizar una decisión informada; que la información brindada debe ser objetivamente verificable; que debe exigirse que la asesoría permita la libertad de escogencia y que este sea informada; que la prueba corresponde a las AFP; que el deber de información debe estar presente en todas las etapas del proceso; que las AFP tienen el deber del buen consejo; que se deben dar a comer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes; que no puede expresarse una escogencia libre y voluntaria desde un formato preimpreso; que al tener la doble calidad el estatuto orgánico financiero les es aplicable desde su creación; que la AFP debe brindar información de calidad; que las AFP deben brindar información comparada y objetiva; que las AFP omitieron intencionalmente sus obligaciones; que la AFP solo presentó la solicitud de afiliación; que la información vertida en el primer formulario fue brindada por el empleador; que la AFP Porvenir debe trasladar los valores obtenidos con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y frutos y rendimientos; que no es dable aplicar la prescripción y finalmente que no es posible condenar al pago de perjuicios de conformidad con el artículo 167 del CGP.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 DEMANDANTE.: Interpuso recurso de apelación parcial sólo lo referente a la no condena en costas para Colpensiones y Porvenir señalando que ambas entidades fueron vencidas dentro del proceso, que en virtud del artículo 365 del CGP determina textualmente que la condena en costas de imponerse a la parte vencida en juicio; que en una situación similar el tribunal superior de Bogotá con ponencia del Dr. Eduardo Carvajalino Contreras en proceso con radicado 2018 307 determinó que la condena en costas debe obedecer a criterios objetivos y verificables ya que la condena en costas en una forma de compensación que se establece a favor de aquella parte que se ve obligada a ejercer la defensa de sus derechos agotando esfuerzos y capital para ello.

5.2 COLPENSIONES: Interpuso recurso de apelación frente a la totalidad de la sentencia proferida por el a quo señalando que en virtud de la libre escogencia del

régimen pensional se puede optar por cualquiera de los dos regímenes; que también se estableció la posibilidad de trasladarse entre regímenes una vez cada 5 años contados a partir de la primera afiliación y hasta cuando le faltaren 10 años para adquirir su derecho pensional de conformidad con la ley 797 de 2003; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria; que la SIF en circular externa 019 de 1998 sólo se establecía el diligenciamiento del formulario para efectuar el traslado; que en virtud del derecho de la libre escogencia del régimen pensional el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él; que la ignorancia de la ley no sirve de excusa de conformidad con la sentencia C 993 de 2006; que fueron 21 años en los que la demandante no ayudó a financiar las pensiones ni cobro gastos de administración por lo que van en detrimento patrimonial y pone en riesgo la sostenibilidad financiera; que en sentencias C1024 de 2004, SU 062 de 2010, SU 130 de 2003 se establece que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados; que no se puede permitir la descapitalización del fondo si se permitiera que personas que no han contribuido a su formación viniera en último momento cuando les faltaren menos de 10 años de concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario; que en caso de confirmarse la decisión del a quo se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y los demás que hubiere lugar debidamente indexados por el periodo de permanencia del afiliado en el fondo privado y solicita se revoque el fallo proferido y se absuelva de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

5.3 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia señalando que no se valoró el consentimiento informado para su libre escogencia materializado con el formulario de afiliación; que de acuerdo al artículo 114 de la ley 100 de 1993 esta no se trata de una simple declaración vacía sino de un requerimiento legal; que siempre se le garantiza su derecho a retractarse; que se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada definida en la sentencia C 341 de 2006; que declarar la ineficacia constituye un desfinanciamiento del sistema pensional subsidiado por el estado sino que hacerlo de forma masiva estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico por lo que solicita se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 solo tiene como consecuencia una multa económica, pero ni siquiera por aproximación se refiere a las consecuencias de que trata el artículo 1740 y ss del Código Civil; que al demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en

la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

6.2 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, y que no se condene en costas.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de primera instancia, dado que se configura la ineficacia del traslado conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que se condene en costas a las demandadas por las resueltas de la primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la DEMANDANTE., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia

bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Victoria Eugenia Arias Duarte se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de agosto de 1997, con cotizaciones hasta el 12 de febrero de 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (pág. 43 a 46)(Zip 2) ; que suscribió formulario de afiliación con fecha de 2 de noviembre de 2000 con la AFP Protección (Fol. 7) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir con fecha 4 de agosto de 2004 (Fol. 8) ; que donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas

de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información

se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 2000, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 2 de noviembre del 2000, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por las AFPs demandadas, pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "*...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces*" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo que en que estuvo afiliada la demandante, se adicionará la sentencia en tal sentido. Así mismo, se añadirá al fallo de primer grado en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Finalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A., y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se revocarán parcialmente para incluir a Colpensiones y AFP Porvenir S.A. de conformidad con lo estipulado en el artículo 365 del CGP y lo tenido en cuenta que Colpensiones ejerció férrea oposición a la ineficacia del traslado.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2021 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones y a esta última a recibir el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primer grado en el sentido de **CONDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a la **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexado desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de conformidad con lo motivado.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia apelada para incluir en la condena en costas además de AFP Protección S.A., a Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES.

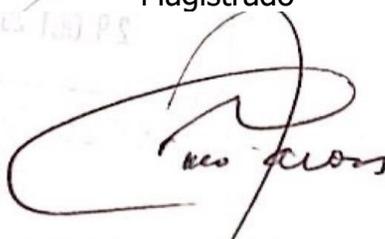
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

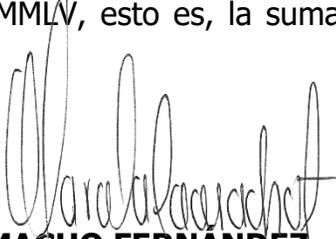


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: BETY YOLANDA CRUZ AMAYA
Demandada: COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.: 35-2020-00470-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. Amanda Lucia Zamudio Vela, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Bety Yolanda Cruz Amaya instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el fin de que se declare que el fondo privado hizo incurrir en error al trasladarse de régimen pensional, en tanto que no le dieron información necesaria, suficiente, clara y precisa y, por ende, es nulo o ineficaz el traslado. Como consecuencia de ello solicitó que se condene a la administradora de fondos de pensiones a realizar los trámites de traslado a Colpensiones, transfiriendo la totalidad de los dineros que se hayan efectuado, tales como cotizaciones, rendimientos, bono pensional y demás dineros que se hubieran generado a su favor. Así mismo, solicitó se ordene al ente público a activar la afiliación sin solución de continuidad e incluir las semanas cotizadas en la historia laboral, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 27 de diciembre de 1963 y empezó a realizar aportes en pensión al ISS, sin embargo, a inicios de 1998 fue abordada por un asesor de la AFP Protección S.A. quien le informó que se podría pensionar más joven, que la mesada pensional sería mayor y que el ISS se iba a liquidar. Refirió que ante la información brindada accedió a firmar el formato preimpreso y continuó su vida laboral con la certeza de la información dada por el asesor de protección. Expuso que el fondo privado no le informó en qué consistía el RAIS, las implicaciones que tendría el traslado, ni le informaron cuáles eran las exigencias para acceder a la pensión de vejez como reunir un monto determinado de

capital, entre otras cosas, ni recibió asesoría por parte del Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones acerca del traslado. (Expediente digital, PDF 01 - DEMANDA_7_12_2020 9_14_29, págs. 1 a 14).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 20 - NOTI ANDJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. COLPENSIONES. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones argumentando que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, ya que no evidencia dentro de la solicitud nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Expuso que la promotora del litigio no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, además, no procede el traslado de régimen de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Como medios exceptivos propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada (Expediente digital, PDF 13. 11001310503520200047000 CONTESTACIÓN)

3.2. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda arguyendo que en ningún momento faltó a su deber de información y que el consentimiento de la actora estuvo mediado de amplia información y asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible, aspectos que quedaron plasmados en el formulario de vinculación evidenciando buena fe y lealtad de los asesores. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y genérica. (Expediente digital, PDF 18- 2020-470 BETY YOLANDA CRUZ)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de septiembre de 2021, en la que el fallador declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia de ello ordenó a trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Condenó a AFP Protección S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por concepto de gastos de administración. Condenó a Colpensiones a volver a afiliar a la actora al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes de la AFP Protección S.A. Finalmente, gravó únicamente en costas a esta última.

La decisión del juez tuvo soporte en las sentencias SL3202 de 2021, SL 2753 de 2021, SL2952 de 2021, SL4934 de 2020, SL3047 de 2021, SL2946 de 2021 y SL2884 de 2021, de las cuales significó que opera la inversión de la carga de la prueba a favor de la afiliada, además, que el deber de información va más allá del simple formato y leyendas preimpresas, mismas que en nada demuestran el cumplimiento del deber de información. Agregó que este deber comprende todas las etapas del proceso y por tanto la afiliación desinformada genera ineficacia.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación señalando que la declaratoria de ineficacia tiene consecuencias que afectan el patrimonio de Colpensiones, misma que debe analizarse en cada caso en particular. Refirió que la actora no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de su cambio, máxime cuando no hizo uso de los mecanismos legales como el de retracto o rescisión y sus ahorros no serán suficientes para financiar su propia pensión.

5.2. AFP Protección S.A. En su alzada solicitó que se revoque la sentencia en lo referente a la condena de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, considerando que con ello se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de dicha entidad. Indicó que tiene el derecho de conservar estos valores como restitución mutua a su favor, además por cuanto que los gastos de administración están debidamente regulados por la Ley 797 de 2003, a lo que se suma que frente a la prima del seguro previsional ya fue girada a la aseguradora. Finalmente, arguyó que estos valores están prescritos.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante. En su escrito refirió que las demandadas no desvirtuaron el hecho de haber informado de manera clara, precisa y suficiente conforme lo ha establecido la normatividad que se ha venido desarrollando desde el nacimiento del régimen de ahorro individual y por ende de los Fondos de Pensiones Privados.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor que la demandante no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, este es, el retracto, el cual le permite a la afiliada la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada, tanto de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones en un término de 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección. Refirió que no le asiste derecho en regresar al régimen de prima media, con el fin de que se le reconozca su pensión por este régimen, ya que la actora se encuentra debidamente afiliada al RAIS, sumado a esto para poder trasladarse al Régimen de prima media, es necesario cumplir con los requisitos que estableció la Ley 797 del 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por AFP Protección S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de la entidad en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la promotora del litigio se trasladó de

régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Bety Yolanda Cruz Amaya, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde octubre de 1996, con cotizaciones hasta febrero de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por AFP Protección (Expediente digital, PDF 18- 2020-470 BETY YOLANDA CRUZ, págs. 48 a 59) y suscribió formulario de afiliación con la AFP Davivir hoy AFP Protección S.A. con fecha 11 de marzo de 1998 (Expediente digital, PDF 18- 2020-470 BETY YOLANDA CRUZ, pág. 41) donde se encuentra actualmente.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que le corresponda a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2004- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, por lo que no se releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la actora haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a**

sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP protección S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

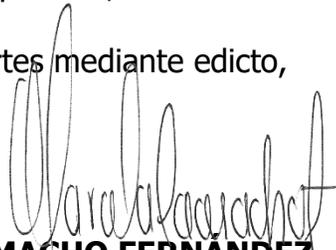
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a favor de la actora y a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

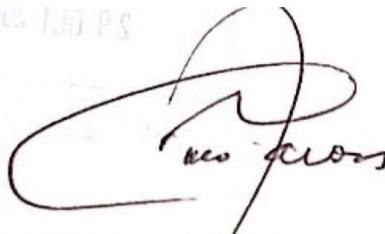
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada