



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 25 2018 00379 01
Demandante: ISAI ANTONIO RODRÍGUEZ CRUZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia proferida el 26 de octubre del 2020 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ISAI ANTONIO RODRÍGUEZ CRUZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES a efectos que se declare de conformidad con el inciso 5° del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10° de la Ley 797 del 2003, tiene derecho a la pensión liquidada con el 80% del IBL, con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años y que debe ser cancelado desde el 1° de abril del 2018.

En consecuencia, se condene a la demandada a pagar el retroactivo del reajuste pensional, los intereses moratorios, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que nació el 1° de abril de 1956, el 16 de abril del 2018 la pasiva profirió la Resolución No. SUB 10771 mediante la cual le concedió la pensión de vejez a partir del 1° de abril del mismo año, en cuantía de \$1.293.430 que equivale al 79,46%, resolución que fue posteriormente confirmada, ello pese a que la tasa de reemplazo debe ser equivalente al 80%.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamentos de derecho, sustento fáctico y legal.



Propone como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, pago y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de octubre del 2020 condenó a la demandada a reconocer y cancelar al demandante la reliquidación de la pensión de conformidad a lo establecido en la Ley 797 2003; a reconocer y pagar el retroactivo pensional, así como los intereses moratorios y declaró no probada la excepción de prescripción.

Como sustento de su decisión, acorde lo reglado en la Ley 100 de 1993 procedió a realizar el cálculo de la tasa de reemplazo, logrando determinar que efectivamente se debió aplicar una tasa de reemplazo del 80%.

Ahora bien, respecto al monto de ingreso base de liquidación que en la Resolución SV 100771 del 16 de abril de 2018, indicó el demandado que dicho monto era la suma de \$1.627.765 y en la liquidación que efectúa el Juzgado se establece un valor de \$1.640.980, por lo cual COLPENSIONES deberá reliquidar tanto el IBC como la tasa de reemplazo.

Sobre los intereses moratorios, estimó que resultaban procedentes de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose incluso de reliquidaciones pensionales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida en que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, resulta indispensable entrar a realizar el análisis de la presente providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la accionada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales le corresponde a la Sala establecer si hay lugar a la reliquidación de la pensión concedida al demandante y al pago de los intereses moratorios solicitados.

c. De la calidad de pensionado

No existe controversia alguna en torno a que al demandante le fue concedida la pensión de vejez mediante la Resolución SUB 100771 del 16 de abril del 2018 a partir del 1° de abril del 2018, en cuantía inicial de \$1.293.430, confirmada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mediante las Resoluciones SUB 132109 del 18 de mayo del 2018 y DIR 10000 del 23 de mayo del 2018.

Precisando que la precitada pensión fue concedida con fundamento en lo reglado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

d. De la reliquidación pensional

Ahora, sostiene el demandante que la mentada prestación fue indebidamente liquidada en tanto debió aplicarse una tasa de reemplazo del 80% y que la misma además debió ser calculada tomando como IBL el promedio de lo devengado en los 10 últimos años, ambos pedimentos a los cuales se accedió en primera instancia, disponiéndose la reliquidación de la pensión.

En tal medida, para poder desatar el debate hoy analizado en consulta y como quiera que para poder calcular la tasa de reemplazo se requiere tener claridad, respecto al monto del IBL, como se podrá verificar más adelante.

Respecto de la determinación del IBL punto en torno al cual, debemos tener en cuenta lo reglado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, que establece:

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

Deviene de lo referido, que acorde al número de semanas cotizadas el IBL del demandante en efecto podría ser determinado con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años o durante toda la vida laboral, según resulte más favorable. De cara a lo indicado se procedió a realizar la respectiva liquidación, logrando constatar que el IBL que en efecto le resultaba más favorable al libelista, corresponde al de los 10 últimos años, el cual asciende a la suma de \$1.629.234,58 y no en \$1.640.980, como lo determinó el fallador de primera instancia, por manera que la providencia

<i>Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral</i>							
<i>AÑO</i>	<i>Nº. Días</i>	<i>IPC inicial</i>	<i>IPC final</i>	<i>Factor de indexación</i>	<i>Sueldo promedio mensual</i>	<i>Salario actualizado</i>	<i>Salario anual</i>
2008	271	64,820	96,92	1,495	\$ 940.000,00	\$ 1.405.504,47	\$ 12.696.390,41
2009	359	69,800	96,92	1,389	\$ 1.073.259,05	\$ 1.490.261,71	\$ 17.833.465,14
2010	360	71,200	96,92	1,361	\$ 1.100.000,00	\$ 1.497.359,55	\$ 17.968.314,61
2011	360	73,450	96,92	1,320	\$ 1.266.666,67	\$ 1.671.413,66	\$ 20.056.963,92
2012	360	76,190	96,92	1,272	\$ 1.360.000,00	\$ 1.730.032,81	\$ 20.760.393,75
2013	360	78,050	96,92	1,242	\$ 1.380.000,00	\$ 1.713.639,97	\$ 20.563.679,69
2014	360	79,560	96,92	1,218	\$ 1.455.000,00	\$ 1.772.481,15	\$ 21.269.773,76
2015	360	82,470	96,92	1,175	\$ 1.480.000,00	\$ 1.739.318,54	\$ 20.871.822,48
2016	360	88,050	96,92	1,101	\$ 1.480.000,00	\$ 1.629.092,56	\$ 19.549.110,73



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2017	360	93,110	96,92	1,041	\$ 1.544.166,67	\$ 1.607.352,95	\$ 19.288.235,42
2018	90	96,920	96,92	1,000	\$ 1.550.000,00	\$ 1.550.000,00	\$ 4.650.000,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2018	\$ 195.508.149,92
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.629.234,58

será modificada en este aspecto, lo cual se puede constatar en el siguiente cuadro:

En otro giro, frente a la tasa de reemplazo a aplicar, resulta de vital relevancia tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 10° de la ley 797 de 2003, mediante el cual se modifica el artículo 34 de la ley 100 de 1993, habría lugar a reliquidar la pensión de vejez del actor. Para tales efectos, huelga imperioso tener en cuenta lo dispuesto en el mentado articulado que reza:

“El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

“El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

“A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

“El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

“A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima”.

En tal sentir, teniendo en cuenta que el demandante dejó causado su derecho pensional el 1º de abril del 2018, data en la cual cumplió los 62 y acreditaba un caudal de 2.124 semanas. Conforme al articulado en cita, por cada 50 semanas adicionales a las 1.300 exigidas por el artículo 33 de la ley 100 de 1993, el porcentaje de su pensión se incrementa en un 1.5%.

Resta entonces por despejar la fórmula “ $r = 65.5\% - 0.50$ ”, por manera que al ascender el IBL a la suma de \$1.629.234,58 y en consideración a que para el año 2018 el monto del salario mínimo ascendía a la suma de \$781.242, no cabe duda alguna que el IBL correspondía a los cuales para el año 2018 corresponden a 2,085 SMLMV.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, para efectos de aplicar la fórmula es menester memorar que la normativa consagra unos topes mínimos y máximos de la tasa de reemplazo, de manera decreciente en función del nivel de ingresos, de la siguiente manera:

Salarios Mínimos	Monto Inicial	Semanas	Monto Máximo	Semanas
1	65	1300	80	1800
2	64,5	1300	79,5	1800
3	64	1300	79	1800
4	63,5	1300	78,5	1800
5	63	1300	78	1800
6	62,5	1300	77,5	1800
7	62	1300	77	1800
8	61,5	1300	76,5	1800
9	61	1300	76	1800
10	60,5	1300	75,5	1800
11	60	1300	75	1800
12	59,5	1300	74,5	1800
13	59	1300	74	1800
14	58,5	1300	73,5	1800
15	58	1300	73	1800
16	57,5	1300	72,5	1800
17	57	1300	72	1800
18	56,5	1300	71,5	1800
19	56	1300	71	1800



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

20	55,5	1300	70,5	1800
21	55	1300	70,5	1850
22	55	1300	70,5	1850
23	55	1300	70,5	1850
24	55	1300	70,5	1850
25	55	1300	70,5	1850

En tal medida, al aplicarse la precitada fórmula tenemos que:

$$R (\text{tasa de reemplazo}) = 65\% - 0,5 (2,085)$$

$$R = 63,95 \%$$

Ahora bien, se reitera que el libelista contaba con 824 semanas adicionales a las 1300, para un total de 2124 semanas, y como para alcanzar el tope máximo del 79,5%, se requieren 1850 semanas, se tiene que el tope máximo debió ser la tasa de reemplazo aplicada y no el 80% determinado por el fallador de primera instancia.

Sobre este entendimiento de la norma, justo resulta estarnos a lo indicado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en la sentencia SL – 3207 del 18 de agosto del 2020, en la cual se indicó:

“En dicha dirección, el derecho pensional que le acude se causa de conformidad a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que exigen 62 años de edad para los hombres y 1300 semanas de cotización, con una tasa de reemplazo que oscilará entre el 65 % y el 55 % del IBL, la cual será incrementada en 1.5 % por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, «llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5 % de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización» como lo indica el inciso final del artículo 10º de la Ley 797 de 2003.

“Por lo cual, es necesario aclarar que para efectos del cálculo de la primera mesada pensional no se accederá a la tasa de reemplazo reconocida por la primera instancia, en razón a que el Juez no tuvo en cuenta que la fórmula decreciente expuesta en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 no solamente aplica para efectos de la base porcentual inicial, sino también para el cómputo del incremento adicional para llegar al tope máximo pensional, que oscilará entre el 80 y el 70.5 % a partir de un máximo de 500 semanas después de las 1300 mínimas requeridas y no de manera abierta hasta agotar las que reporte el afiliado, pues ello rompería el equilibrio matemático en el que fue concebida la ley en comento.”

En tal medida, conforme lo indicado en precedencia no cabe duda que el monto de la tasa de reemplazo del demandante no podía ser superior a 79,5%, lo que de suyo implica que erro el fallador de instancia al aplicar una tasa de reemplazo del 80%, al igual que COLPENSIONES al determinarla en un porcentaje de 79,46%.

De suerte que teniendo como base un IBL de \$1.629.234, al aplicarle la tasa de reemplazo de 79,5%, tendríamos como primera mesada pensional la suma de \$1.295.241,03 a primero de abril de 2018, monto que en efecto resulta superior al determinado por COLPENSIONES en cuantía de \$1.293.430.

De esta manera se procederá a modificar el fallo de primera instancia precisando que la reliquidación pensional y el pago de las diferencias pensionales, se deberán calcular teniendo en cuenta como primera mesada pensional la suma de \$1.295.241,03.

e. De los Intereses Moratorios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Respecto a los intereses se debe señalar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió *“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago”*. Imposición que, en todo caso, debe respetar el término de gracia de 4 meses previsto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 tratándose de la pensión de vejez.

Siendo del caso recabar en que le asiste la razón al a-quo al aducir que si bien el criterio imperante en la H. Corte Suprema de Justicia, consistió en que los intereses moratorios no procedían en caso de reliquidación, el mismo fue recogido recientemente en la sentencia SL - 3130 del 2020, en la cual se definió que los mismos si resultaban procedentes en torno a la reliquidación pensional, reiterada recientemente en la SL – 4942 del 2020, en la cual se indicó:

“Sin embargo, recientemente, al efectuar un nuevo estudio de la norma acusada, la Sala modificó la anterior posición jurisprudencial y, en su lugar, adocrinó que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los mentados réditos cuando se trata de reajustes pensionales, pues eso no es lo que se deriva del precepto en estudio, interpretado de manera racional y lógica. En efecto, así se dijo en la sentencia SL3130-2020:

“[...] la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.

“Ahora bien, la posición que se sienta a través de esta decisión y que se justifica en líneas anteriores merece dos precisiones fundamentales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

“En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago»”.

En este orden de ideas, si bien le asiste la razón al fallador de primera instancia al indicar que sí hay lugar al pago de los intereses moratorios, incurre en error al conceder el pago de los mismos desde el 1º de abril del 2018, pues el que resulte procedente el pago de los intereses moratorios incluso en caso de reliquidación, no implica que se deba desconocer que la entidad contaba con 4 meses para acceder a su pago.

Luego en la medida en que el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión el 2 de abril del 2018 (Fl 13), los intereses moratorios frente a la reliquidación tan solo se vinieron a causar a partir del 2 de agosto de esa misma anualidad, calenda a partir de la cual se deberá calcular el monto de los intereses moratorios, sobre la diferencia en las mesadas pensionales generadas como consecuencia de la reliquidación aquí ordenada y hasta el momento en que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

proceda a cancelar la pensión debidamente reliquidada. De cara a lo indicado, la providencia objeto de estudio será modificada en este sentido.

PRESCRIPCIÓN:

En lo que a la prescripción respecta, se recuerda que conforme lo dispuesto el artículo 151 del C.P.T y la S.S, el fenómeno jurídico de la prescripción en materia laboral opera de forma trienal, el cual solo es susceptible de interrumpir por una única vez mediante la presentación de la respectiva reclamación administrativa.

Siendo ello así, como quiera que la pensión vino a ser concedida mediante la Resolución SUB 100771 del 16 de abril del 2018 (Fl 13-16) que luego de ser recurrida fue confirmada con las resoluciones SUB 132109 del 18 de mayo del 2018 (Fl 18) y DIR 10000 del 23 de mayo del 2018 (Fl 26); no cabe duda alguna en cuanto a que al ser radicada la demanda que hoy nos convoca el 18 de junio del 2018 (Fl 35), no alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:



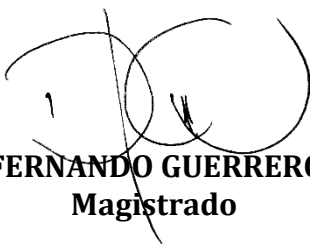
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 26 de octubre del 2020, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar ordenar el reconocimiento y pago de las diferencias en las mesadas pensionales generadas en virtud de la reliquidación pensional ordenada, teniendo como monto de la primera mesada pensional a partir del 1° de abril del 2018 la suma de \$1.295.241,03 y ordenar el reconocimiento y pago de los intereses moratorios en virtud de la reliquidación a partir del 2 de agosto de esa misma anualidad y hasta el momento en que se proceda a cancelar la pensión debidamente reliquidada.

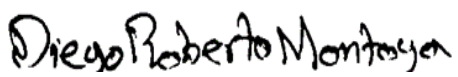
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis en este grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **15201900411 01**
Demandante: TERESA CUETO VIGIL
Demandado: COLPENSIONES PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL
 S.A., HOY SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

Así mismo, se reconoce personería para actuar en representación de *Porvenir S.A*, la abogada *Johana Alexandra Duarte Herrera*, identificada con C.C No 53.077.146 y T.P No 184.941.

SENTENCIA:



Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el día 30 de noviembre del 2020.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora TERESA CUETO VIGIL, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., a efectos de que se declare la anulación de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se ordene el traslado y afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y en consecuencia se ordene a OLD MUTUAL S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recibidos con motivo de la afiliación y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expresó que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 30 de abril de 1987; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en mayo de 1994, precisando que este se dio limitándose a firmar el formulario de afiliación sin obtener información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y los beneficios de cada régimen.



Por lo anterior, solicitó la anulación de la afiliación de la demandante, pero la misma le fue denegada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación, se limitó a indicar que no le constaban ninguno de los pedimentos relacionados con la ineficacia.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios y la genérica.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es válida, eficaz y no existe ningún motivo para que la actora se traslade a COLPENSIONES, aunado a ello que existe prohibición legal para tal pedimento.

Propone como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

A su turno PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda en la medida en que el actor no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación.



Presenta como medios exceptivos de fondo los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de noviembre del 2020, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante el 11 de mayo de 1994 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia, ordenó a SKANDIA S.A. a trasladar las sumas de dinero que reposan en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, y a esta última a recibir los recursos y acreditar las semanas efectivamente cotizadas, como si nunca se hubiere trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, absteniéndose de fulminar condena en costas.

Consideró que, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, carga probatoria que considera no fue demostrada en el curso del proceso, pues no demostró que al traslado del régimen cumpliera con el deber de información y con el debido consentimiento informado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Precisa que la firma del formulario acredita un consentimiento, pero no demuestra que se haya cumplido con el deber de información, pues se hecha de menos que se le haya explicado a la demandante como podía obtener la mesada pensional en un monto superior al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aspecto que era importante para que la decisión adoptada fuera realmente libre y voluntaria.

Por último, argumentó que, no considera procedente el traslado de los gastos administrativos, como quiera que los mismos se causan en los dos regímenes pensionales.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la sentencia no fue apelada y resulto adversa a COLPENSIONES, acorde lo reglado en el artículo 69 del C.P.T y la S.S, resulta procedente analizar el presente caso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. del 11 de mayo de 1994 (Fl. 363) y a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., el 23 de marzo del 2010 (Fl 285); el primero de los cuales si bien implica un traslado de régimen, y aun cuando refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante realmente no confesó que se le haya brindado la información suficiente, clara y precisa, que permitiera dar por sentado que existió un consentimiento informado, por el contrario, adujo que para la fecha del traslado trabajaba en la Oficina de Planeación, y le informaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y como quiera que recibió una escasa asesoría, decidió trasladarse al nuevo régimen, además solo se le aseveró que en la AFP podría obtener una pensión anticipada, precisando que los traslados horizontales se dieron a razón de sus cambios de trabajo.

En tal medida, no se aportaron pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, como fuera determinado por el *a-quo*.

De otra parte, en el grado jurisdiccional de consulta, se tiene que la sentencia le resulta desfavorable a COLPENSIONES al no disponer la devolución de todos los emolumentos, incluyendo los gastos de administración.

Sobre el particular se tiene que la ineficacia del traslado apareja como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo cual se adicionará la sentencia de primer grado en este aspecto.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se modificará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:



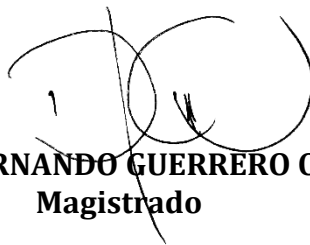
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 30 de noviembre del 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la AFP SKANDIA S.A. a retornar a COLPENSIONES, además de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, los dineros correspondientes a gastos de administración y cuotas de aseguradoras, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada por el demandante.

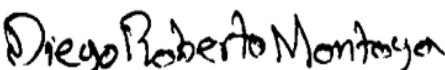
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida en primer grado, conforme lo expuesto en precedencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 28 2019 00275 01
Demandante: ALBA LUCIA GALLEGO NIETO
Demandado: COLPENSIONES PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

De otra parte, Porvenir S.A allega poder de sustitución, conforme al cual se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho *Johana Alexandra Duarte Herrera*, identificada con C.C No 53.077.146 y T.P No 184.941.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia proferida el 2 de diciembre del 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ALBA LUCIA GALLEGO NIETO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a efectos que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado en el año 1994; se declare la no solución de continuidad

de la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados con los rendimientos financieros y a esta última a recibirlos, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 29 de enero de 1962, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 1994, en atención a que los asesores de la AFP le informaron que le resultaba más beneficios, sin que le fuere explicado cómo está diseñado cada régimen pensional, sus características, ventajas y desventajas.

Relata que solicitó a PROTECCIÓN S.A el cálculo de la pensión en el año 2018 y la referida entidad le comunicó que sería de \$5.101.433, suma que a su juicio constituye un detrimento patrimonial, en consideración al monto que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, expresa que agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 14 de diciembre del año 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, por ser desacertadas e inapropiadas, además que el origen de la reclamación no radica en la falta de información sino el monto de la mesada pensional.

Formula como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. por su parte, se opuso a las pretensiones aduciendo en su defensa que la decisión adoptada por la demandante precedió a una información precisa, veraz y de fondo sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, reasesoría en el mes de diciembre de 2008 por parte de la AFP Protección S.A, buena fe de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A. en su escrito de contestación, manifestó respecto a la mayoría de los mismos que no se oponía ni allanaba por corresponder a hechos de terceros, no obstante adujo que la demandante se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inexistencia de causal de nulidad de la afiliación e inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte actora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como sustento de su decisión expresó que la AFP PROTECCIÓN S.A. logró acreditar que al momento del traslado del régimen le brindó a la actora toda la información necesaria para que su consentimiento estuviese debidamente informado, lo cual se deriva de la proyección pensional que obra a folio 28, que data del 18 de mayo de 1994, momento en el cual la señora GALLEGO NIETO efectuó el traslado de régimen pensional, en el cual se observa que se le informó el valor de la mesada que obtendrían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el monto de la misma en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Adicionalmente, en ella se le indicó que los resultados obtenidos en dicha proyección podrían sufrir cambios debido a las variaciones que podría tener la normatividad y la información que ella suministrara.

De otro lado, la señora ALBA LUCÍA GALLEGO NIETO al absolver el interrogatorio de parte manifestó que le fue puesto de presente el monto de la pensión que una persona podría llegar a tener en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y la que podría alcanzar en el fondo privado, también que al momento del traslado se le realizó una proyección pensional, y con base en tal documento evidenció que era más beneficioso trasladarse. Además, le informaron que si mantenía las condiciones que tenía al momento de realizarse la simulación, se iba a pensionar en la forma que le estaba asesorando. Igualmente, indicó que le explicaron que su dinero sería depositado en una cuenta de ahorro individual, que dentro de los beneficios mencionados se le habló sobre las modalidades de renta vitalicia, retiro programado y que se podía pensionar anticipadamente, así como también se le habló sobre los aportes voluntarios. Relató que la AFP hizo una reasesoría pensional antes de vencerse el plazo para cambiarse de régimen. Asimismo, refirió que al momento del traslado conocía que tenía que aportar aproximadamente 20 años para obtener el derecho a la pensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que la documental con base en la cual se fulminó la absolución, no da cuenta del cumplimiento del deber de información, pues en todo caso la proyección

implicaba obtener una mesada pensional más elevada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; de otra parte, que en el interrogatorio de parte no confesó que se haya brindado la asesoría requerida, pues no se le informaron las desventajas de la decisión, ni lo atinente al excedente de libre disponibilidad.

De tal manera, que el *a-quo* verificó una indebida valoración probatoria frente a las proyecciones pensionales y el interrogatorio de parte.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como

consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 18 de mayo de 1994 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Fl. 29) del 6 de julio de 1994; a HORIZONTE S.A. (Fl. 180), a PORVENIR S.A. del 20 de septiembre del 2006 (Fl. 181) y un formulario de reasesoría de PROTECCIÓN S.A. del 27 de mayo del 2010 (Fl. 136); formularios que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la demandante admitió que en 1994 trabajaba en la ciudad de Manizales en una aseguradora que se llamaba Seguros Atlas S.A., data para la cual la Gerente de PROTECCIÓN S.A. en compañía de un asesor le explicaron solo los beneficios del traslado, presentándole posteriormente un formulario que no contenía mayor información, sin explicarle de manera técnica las diferencias de un fondo con el otro, ni cuáles eran los riesgos de la decisión.

Igualmente, admitió que la AFP PROTECCIÓN S.A. le brindó una reasesoría en la que le hicieron una proyección, y le manifestaron dentro de las bondades y beneficios que en PROTECCIÓN S.A. tenía derecho a una mesada pensional como la proyectada más la devolución de un capital de aproximadamente \$300.000.000.

A su turno, la AFP PROTECCIÓN S.A en su interrogatorio de parte adujo que la reasesoría se hace con los datos que se tiene al momento de la misma, pero esta puede fluctuar, puede variar teniendo en cuenta que puede cambiar el salario del trabajador o su estado civil, razón por la cual la reasesoría o proyección se debe rehacer en el momento que se conceda el beneficio de pensión.

Igualmente, no puede pasar por alto la Sala que se encuentra suficientemente acreditado en el plenario que al momento de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le realizó una proyección de las mesadas pensionales (Fl. 28), como la demandante lo acepta, y en la que en efecto aparece consignado que el monto de la mesada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad será superior respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sin embargo, no sucede lo mismo con la reasesoría que admite la demandante haber recibido antes de llegar a los 47 años, pues acorde se desprende de las documentales de folios 134 a 137, en dicha oportunidad también se efectuó una proyección pensional pero en esta si se precavió a la libelista en que el monto de la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería superior, pues sen el documento denominado Simulado Pensional ASPEN se indica que el calculo de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para los 57 años arroja una mesada pensional de \$4.672.659, mientras en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para los 57 se le especifica que el valor de la pensión sería de \$7.441.385, proyección que fuere realizada el 9 de diciembre del 2008 y cuenta con la firma de la demandante.

Así mismo, se destaca que en ambas proyecciones realizadas a la demandante por las dos AFP hoy demandadas y que admite haber recibido, aparecen consignadas sendas aclaraciones; así en la del año 2008 se especifica como se obtiene el valor de la mesada pensional y que esta dependerá en todo caso del monto acumulado al momento de acceder al derecho pensional (Fl 135 vuelto), mientras que en la del año 1994 se aclaraba que el cálculo se efectúa con base en la información suministrada y que los resultados podrían sufrir modificaciones.

No obstante lo anterior, basta indicar que la sola proyección por sí misma no subsume la obligación de la AFP, pues esta requiere además de que se le brinde a la actora los montos pensionales o del ahorro que debe efectuar, especificaciones claras y precisas sobre las características propias de cada régimen, las condiciones, beneficios y diferencias, los riesgos y las consecuencias del traslado, las que *se itera* no solo se limitan al posible valor de la pensión de vejez, sino a otros temas como el cubrimiento de los riesgos para invalidez y muerte, o la forma en que se consolida la pensión en cada uno de los regímenes, así como el cálculo de la pensión en cada uno de ellos.

De otra parte, recaba la Sala que ese deber de información debe darse al momento de la afiliación inicial, en aras que la decisión de traslado de régimen sea adoptada de forma libre y voluntaria, en tal sentir, debe notarse como en

la proyección inicial efectuada por PROTECCIÓN S.A. lo que se le aseveró a la demandante fue que el monto de la pensión en sería superior, lo que a la postre se desvirtúa con la segunda proyección.

Bajo tales premisas, no comparte la Sala la conclusión a la cual arribó la falladora de primera instancia, dando lugar a que en su lugar se declare a ineficacia del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, lo anterior implica como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de

seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, la AFP tienen el deber de devolver al Sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión,

independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en torno a la excepción de prescripción como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Bajo estas premisas de orden fáctico y jurídico, la Sala se releva del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por las convocadas a juicio.

Atendiendo lo expuesto, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse en su integridad. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de diciembre del 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora ALBA LUCIA GALLEGU NIETO, del Régimen de Prima Media con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 6 de noviembre de 1997 a PROTECCIÓN S.A, así como los traslados horizontales realizados con posterioridad.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora ALBA LUCIA GALLEGO NIETO, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **15 2018 00599 01**
Demandante: YOLIMA DEL CARMEN AGUALIMPIA DUALIBY
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., así como estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora YOLIMA DEL CARMEN AGUALIMPIA DUALIBY, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A., a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

efectos de que se declare la existencia de un vicio del consentimiento que la indujo en error la afiliación de la demandante a la AFP; se declare la nulidad o invalidez del formulario de afiliación, y por ende para todos los efectos continúa afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En consecuencia, solicita se condene a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a PORVENIR S.A. a devolver los aportes efectuados por la libelista en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expresó que nació el 11 de junio de 1963, estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el mes de mayo de 1997, cuando asesores de COLFONDOS S.A. la indujeron a realizar el traslado de régimen, asegurándole que se podría pensionar antes de la edad establecida en la ley y con un menor número de cotizaciones; además que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, se liquidaría, lo que ocasionaría la pérdida de su pensión, por lo que el 3 de abril del 2018 solicitó a la AFP la nulidad o invalidez del traslado, pero la misma le indicó que el traslado se realizó de forma libre y voluntaria.

Posteriormente el 17 de abril del 2018, solicitó a COLPENSIONES la declaratoria de nulidad, no obstante, dicha entidad también la denegó aduciendo que el traslado fue correctamente realizado.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que las condiciones en las cuales se realizó el traslado se ajustaron a la realidad.

Formuló como medios exceptivos los que denominó buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS S.A. y prescripción.

De otra parte, PORVENIR S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, alegando que la afiliación fue producto de una decisión informada, libre de presiones y engaños.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

Con auto del 16 de septiembre del 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de COLPENSIONES.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020 declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 12 de abril de 1997 y en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual y se abstuvo de imponer costas.

Como sustento de su decisión indicó que las AFP no cumplieron con la carga probatoria de acreditar que se cumplió con el deber de información al momento del traslado.

Frente a una situación de convalidación dado el traslado horizontal que se presentó por la señora demandante, vemos que la Corte siempre ha insistido y aquí lo referí, lo resalté en esta sentencia que se acaba de referir, es clara la Corte en indicar que este presupuesto dice es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, siempre ha considerado la Corte que la acreditación de haber cumplido este deber de información se presenta al momento del traslado de régimen, es decir que debe el operador judicial mirar es lo relacionado en este caso particular frente al traslado que se efectuó a Colfondos.

Además, tampoco se observa que al momento de la señora demandante trasladarse a Porvenir S.A, se acreditara el cumplimiento de este deber de información que se evidencia acá aspectos relacionados con las características, las condiciones del nuevo modelo pensional y demás que haya cumplido Porvenir como para pensar una convalidación, igual simplemente suscribe el formulario, que la Corte ha sido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consistente en indicar que esta formalidad de suscribir un simple formulario no convalida la información, entonces acogiendo la línea jurisprudencial que hasta este momento este titular tiene conocimiento respecto a que el deber de información se debe acreditar en el momento del traslado de régimen y el hecho de trasladarse en forma horizontal a otro régimen no convalida dicha irregularidad, consideramos que la misma suerte de ineficacia surte el traslado horizontal que hizo a Porvenir y no se acogen los argumentos expuestos por este apoderado de Porvenir frente a este traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. propuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, aduciendo que para la fecha del traslado el deber de información se contraía a indicar al afiliado si al momento de realizar el traslado de régimen se generaba un perjuicio, tal como perder el régimen de transición, o aspectos como que tuviesen expectativas legítimas o incluso derechos consolidados, lo cual no se acontece en el presente evento, máxime que con el formulario de afiliación aceptó las condiciones del traslado, y permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad durante más de 20 años.

De otra parte, que no resulta viable el traslado de la carga probatoria, máxime que lo exigido a la AFP en esta materia, es de imposible realización, exigiéndose una tarifa legal inexistente, como el dejar sentada la asesoría al momento del traslado.

De igual manera, que los traslados horizontales realizados entre administradoras si



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

convalida la intención de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. del 12 de abril de 1997 (Fl. 128), así como el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. del 26 de agosto de 1998 (Fl 200); el primero de los cuales, si bien implica un traslado de régimen, y aun cuando se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información suficiente, clara y precisa, al referir que solo se le informó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



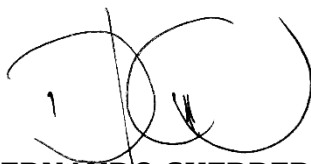
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

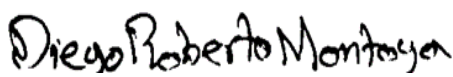
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, conforme lo expresado en la parte motiva de la presente decisión

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

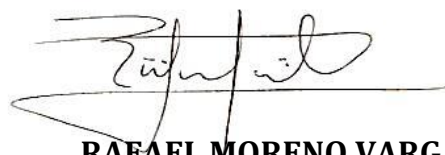
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **30201800385 03**
Demandante: NILIO JOSE VERGARA GONZALEZ
Demandado: DIACO S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el día 9 de julio del 2020.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor NILIO JOSÉ VERGARA GONZÁLEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de DIACO S.A. a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 11 de junio de 1992 al 4 de agosto del 2016, el cual se dio por terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador.

En consecuencia, se condene a la accionada al pago de la indemnización por despido injusto, así como las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que el 11 de junio de 1992 celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, desempeñando el cargo de Operario, con un salario de \$888.291.

Relata que el día 1º de agosto de 2016 le fue practicada la prueba de alcoholemia, dando como resultado G/I=0.80. Por lo que fue citado a descargos el día 2 de agosto del mismo año y el 4 de agosto del mismo mes y año, se dio por terminado el contrato de forma unilateral e injusta, sin cancelarle la indemnización respectiva.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La pasiva al contestar la demanda aceptó la relación laboral y los extremos del vínculo, oponiéndose a las pretensiones, aduciendo que el demandante fue despedido con justa causa por haberse presentado a laborar en estado de embriaguez, lo cual fue aceptado por el demandante en la respectiva diligencia de descargos.

Propuso como medios exceptivos previos los de falta de competencia y dar a la demanda un trámite distinto al que corresponde. Como excepciones de mérito inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, prescripción, compensación, falta de título y causa, buena fe y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de noviembre del 2019 declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer condena en costas.

Para tal efecto aduce que obra una carta de terminación del contrato con justa causa, y una respuesta dada por la sociedad DIACO S.A. al demandante en

cumplimiento a la obligación de contestar un derecho de petición del 26 de agosto de 2016, respuesta que tiene como fecha el 13 de septiembre de 2016; igualmente, milita la prueba de alcoholemia con fecha 1º de agosto de 2016, la liquidación del contrato de trabajo y una citación a descargos con fecha 1º de agosto de 2016, el acta de descargos del 2 de agosto del año 2016 y la liquidación de acreencias laboradas.

Del análisis de dichas documentales, así como de las restante pruebas aportadas y practicadas en el plenario, concluyó que se acreditó que en efecto el actor se presentó el 1º de agosto de 2016 en estado de alicoramiento, conducta prohibida por el Reglamento Interno de Trabajo, y que era de conocimiento del actor, a quien además se le garantizó el debido proceso.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Acorde lo dispone el artículo 69 del C.P.T y la S.S, la sentencia se analizará en el grado jurisdiccional de consulta, cuando quiera que resulte totalmente adversa a las pretensiones del libelista y no sea objeto de apelación, tal como sucede en autos.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si el despido del demandante acaeció con justa causa.

c. Del Vínculo Laboral:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual se extendió del 11 de junio de 1992 al 4 de agosto del 2016, por cuanto así lo admitió la pasiva y en todo caso se encuentra plenamente acreditado con el contrato de trabajo aportado, la carta de terminación del mismo y la liquidación definitiva de prestaciones sociales (Fls 11 a 28).

d. Del despido injusto:

Al respecto, debe decirse que para que proceda dicha indemnización, es sabido que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador la demostración de la justeza del mismo.

Así las cosas, lo primero en lo cual repara esta Corporación es en la carta de terminación del contrato de trabajo obrante a folios 21 a 22, en la cual se logra corroborar que el actor fue despedido por haberse presentado a laborar el día 1º de agosto del 2016, con claros signos de alicoramiento, dando positivo en la prueba de alcoholemia.

Asimismo, se tiene que los hechos que dieron lugar a la justeza del despido fueron acreditados por la encartada, con el acta de prueba de alcoholemia realizada al demandante el día 1º de agosto del 2016 en la que se arroja una prueba positiva del G/I=0.80 Embriaguez, con un grado de alicoramiento II, dejando constancia que no se le permite continuar laborando en las instalaciones por prudencia, como quiera que presenta “*Trastornos del*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

equilibrio, logorreico, palabra resbaladiza, desinhibición social, incoordinación motora, imposibilidad para emitir juicios críticos, tendencia a la midriasis” (Fls 25-26); igualmente, se aporta el acta descargos del día 2 de agosto del mismo año, en la que el demandante acepta que conoce que fue citado por cuanto la prueba de alcoholemia arrojó un resultado positivo, que conoce el Reglamento Interno de Trabajo, además de haber estado en charlas sobre las políticas de prevención de consumo de alcohol y tabaco; precisando, que el día domingo, estuvo en un evento familiar y no estimó que la prueba podría ser positiva; admitiendo ser consciente de que incurrió en una falta grave (Fls 30 a 31).

Aunado a lo indicado, reposan sendos soportes de que no era la primera vez que el demandante se había presentado en estado de embriaguez a la compañía, obrando pruebas evidentes de otras pruebas de alcoholemia realizadas, actas de descargos y memorandos, junto con el Reglamento Interno de Trabajo, constancia de capacitaciones realizadas al demandante sobre la política de prevención del consumo de alcohol y sustancias psicoactivas (Fls 162 a 192). Documentales de las cuales se desprende que el demandante tenía pleno conocimiento que en la empresa estaba prohibido presentarse en estado de embriaguez, siendo requerido y sancionado por hechos similares en septiembre de 1997 y en abril del 2009 (Fls 162 a 172).

De otra parte, con el ánimo de dar certeza sobre la prueba de alcoholemia realizada la empresa aporta los certificados de calibración del alcoholímetro, utilizado para la práctica de la prueba del promotor, efectuado el 16 de marzo del 2016 (Fls 193 a 194). Ello es, el durante la misma anualidad que se realizó la prueba al promotor y previo a que se realizara la misma.

Por si ello fuera poco, se evacuó el interrogatorio de parte del libelista, en el curso del cual admite que en la empresa operaba una máquina; que conocía el Reglamento Interno de Trabajo y efectivamente consumió bebidas alcohólicas el día anterior a laborar; además, que la prueba de alcoholemia salió positiva, situación por la cual no se le permitió el ingreso a laborar, precisando que

conocía que en la empresa no se permitía presentarse en estado de embriaguez y que por ello, los días lunes y viernes, hacían pruebas de alcoholemia.

A su turno, fueron evacuados los testimonios de los señores EDWARD RONDÓN GUARNIZO, ESTEBAN GONZÁLEZ BARRERA y LUIS COMBITA, trabajadores de la empresa, quienes fueron contestes al anunciar que conocían al demandante por cuanto este laboraba en la empresa como operario de una de las maquinas.

EDWUAR RONDÓN relata que el día de la prueba observó al demandante en portería y se enteró que arrojó positivo en una prueba de alcoholemia; refiere haber comparecido en los descargos y escuchó que le habían hecho tres pruebas con resultados distintos, pero todos positivos, destacando que en otros casos la empresa había tomado medidas distintas.

ESTEBAN GONZÁLEZ BARRERA, indica que no estaba presente en la planta para la época de los sucesos y se enteró días después, limitándose a reiterar que la prueba fue realizada por el celador y que se hace con la misma boquilla, precisando que como miembro del sindicato no han estado de acuerdo en la forma en que se realiza la prueba.

Finalmente, LUÍS COMBITA nada refiere sobre el particular, pues aduce que labora en nómina y tuvo conocimiento de la desvinculación en razón al requerimiento de la liquidación, por lo que tuvo acceso al acta de la prueba de alcoholemia, la cual aduce se hace acorde los parámetros de ley. Por tanto, su dicho nada aporta en lo concerniente a la justeza del despido.

De cara a lo indicado no cabe duda para la Sala que se encuentra plenamente acreditado que el demandante se presentó a laborar el día 1° de agosto del 2016, en estado de embriaguez, conforme lo probó la pasiva con la prueba de alcoholemia que le fuere realizada al demandante (Fls. 25 y 26), la cual admite

el demandante le fue practicada, tanto en la diligencia de descargos (Fl 29 a 30), como en el interrogatorio de parte rendido en este juicio.

Ahora, destaca la Sala que aún cuando el promotor sostiene que se le hicieron tres pruebas todas con resultados distintas, en todo caso arrojaron un resultado positivo; y lo cierto es que tal suceso no desvirtúa los resultados de la misma, no solo por cuanto se *itera* el resultado siempre fue positivo, sino en la medida en que acorde la declaración del testigo EDWARD RONDÓN los resultados fueron 0.10, 0.8 y 0.25, situación que por demás nos lleva a inferir que la pasiva tomó como sustento de su decisión uno de aquellos resultados, por cuanto en los descargos y en el acta de la prueba, solo se aludió al resultado G/I= 0.80.

De otra parte, en lo que respecta a los reparos mediante los cuales se pretende desvirtuar la prueba de alcoholemia aportada por la pasiva, basta indicar que los mismos no tiene vocación de prosperidad alguna, por cuanto bien ha especificado la Corte Suprema de Justicia, que en este caso de eventos no existe tarifa legal, por manera que el juez puede valerse de todos los medios probatorios arrimados al proceso para dar por sentado el estado de embriaguez, analizándolos conforme las reglas de la sana crítica y la experiencia al punto que aún incluso sin que exista prueba de alcoholemia se puede dar por acreditado siempre que la empresa evidencie signos del mismo estado, sobre este asunto en la sentencia SL-8002 del 2014, reiterada en sentencia SL-11632 del 2015, se indicó por parte de nuestro máximo órgano de cierre en la Jurisdicción Ordinaria Laboral, lo siguiente:

“Es así, como esta Corporación, al desarrollar esos principios, ha señalado, en cuanto al estado de embriaguez, que como tal, no requiere una prueba solemne, y en consecuencia se puede acreditar por cualquier medio de prueba autorizado. En efecto, en sentencia CSJ SL 8002 2014, se indicó lo siguiente:

“Sobre este tópico, para la Corte lo más deseable es que, ante una sospecha razonada, se realice una prueba técnica que permita deducir el estado de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ebriedad de un trabajador, su grado y sus consecuencias negativas para el desarrollo de las labores profesionales en condiciones normales. Sin embargo, ello no impide que, ante la negativa infundada del trabajador de realizarse la prueba, el empleador pueda acudir a otro tipo de elementos indicativos de tal estado, como, entre otros, el comportamiento distorsionado, la falta de motricidad, la falta de coordinación y el alto aliento alcohólico, que pueden ser apercibidos fácilmente, sin necesidad de prueba técnica alguna”.

Así mismo, vale la pena rememorar la sentencia SL8002 del 2014, en al cual la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, destacó que los dispositivos para realizar la prueba del alcoholemia en las empresas, comportan un mecanismo legítimo para preservar las seguridad y salud de la empresa, además de servir de mecanismo de defensa para los propios trabajadores, destacando que no se desconoce el que los mismos puedan presentar falencias técnicas que desvirtúen la credibilidad de la prueba realizada, precisando en todo caso, que en tal eventualidad el trabajador debe poner de presente al momento de la práctica del examen tal suceso. Textualmente, se indica en el precitado fallo:

“En efecto, como ya se había dicho, los dispositivos técnicos útiles para determinar el estado de embriaguez etílica de un trabajador, además de que constituyen un instrumento legítimo del empleador en la tarea de preservar la seguridad industrial y afrontar situaciones de riesgo, al mismo tiempo representan uno de los recursos fundamentales con los que cuenta el trabajador para ejercer su derecho de defensa y controvertir las imputaciones que le pueden ser elevadas, sin algún tipo de soporte técnico. En esa misma medida, no resulta sensato que un trabajador se niegue a realizarse una prueba, que puede redundar en su propio beneficio, si no ha consumido algún tipo de sustancia que enerve sus capacidades, durante su jornada de trabajo.(...)”

Ahora bien, la Corte no desconoce que existen razones fundadas para que el trabajador se niegue a someterse a cierto tipo de procedimientos, como sucede cuando, por ejemplo, no existen las suficientes garantías para determinar con plena fiabilidad su estado, pues los dispositivos técnicos no cuentan con las condiciones óptimas de funcionamiento o no han sido llevadas a mantenimiento. Sin embargo, esas circunstancias impeditivas deben ser puestas de presente en el momento de la realización de la prueba, además de contar con algún soporte, de forma tal que quede clara la razón de la oposición del trabajador, pues de lo contrario, las

trabas infundadas pueden constituir un indicio razonable del estado de beodez”.

De cara a lo indicado, basta revisar el acta de la prueba de alcoholemia realizada al promotor el 1° de agosto del 2016 (Fls 25 a 26), e incluso con el ánimo de ser más garantistas el acta de descargos del día siguiente (Fls 29 a 31), para poder corroborar que en ninguna de las actuaciones el demandante dejó plasmada la evidencia de algún tipo de irregularidad, como la que anuncian los testigos en este juicio, en tanto a la falta de validez de la misma por ser practicada por el celador de la empresa o con la misma boquilla utilizada por el resto de empleados. Nótese como la única advertencia que reitera el promotor del juicio, consiste en que se realizaron varias pruebas para corroborar el estado de embriaguez, precisando sobre este punto, como ya se advirtió que en todo caso todas fueron positivas.

Bajo estas premisas de orden fáctico, no cabe duda alguna en que el demandante incurrió en la falta de despido alegada por la encartada para justificar la terminación del contrato, esto es, presentarse en estado de embriaguez el día 1° de agosto del 2016. Hecho este que se encuentra prohibido textualmente para los trabajadores de la compañía, acorde se encuentra previsto en el numeral 2° del artículo 45 del Reglamento Interno de Trabajo, la que a su turno constituye una falta grave por parte del trabajador según se indica en el literal d) del artículo 48 del mismo reglamento, máxime cuando el demandante ya había sido sancionado previamente por hechos similares, lo que en suma implica que conocía las consecuencias de su actuar y la gravedad de su conducta, como lo admite en la diligencia de descargos.

Bajo esta orbita, se tiene por probada la configuración de la justa causa de despido prevista en el numeral 6° del literal a) del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, invocado por la pasiva en la carta de dio fin a la relación laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Dimana de lo descrito en líneas precedentes, la configuración de la excepción de cobro de lo no debido, alegada por la encartada en el escrito opositor del libelo introductorio, por lo que es menester de la Colegiatura confirmar la providencia objeto de análisis en este grado jurisdiccional de consulta.

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

DECISIÓN:

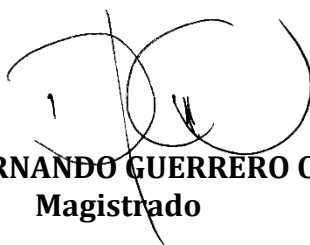
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

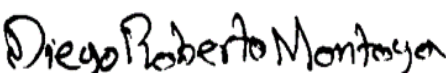
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de julio del 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

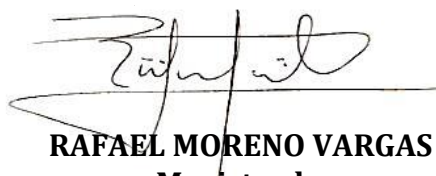
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **15201700253 01**
Demandante: JUAN DAVID RUBIANO BELTRAN
Demandado: SEGURIDAD OLIMPICA LTDA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por el demandante en contra de la sentencia proferida el 8 de octubre del 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUAN DAVID RUBIANO BELTRAN, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad SEGURIDAD OLIMPICA LTDA., con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo del 11 de enero de 2016 al 30 de diciembre del 2016, en virtud del cual percibió un salario de \$1.020.000, sin que a la fecha haya obtenido el pago de las prestaciones sociales.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, la sanción moratoria, la indemnización por despido injusto, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como sustento de las pretensiones adujo que ingresó a laborar el 11 de enero del 2016 en el cargo de Guarda de Seguridad a órdenes de la empresa demandada, en virtud de un contrato por obra o labor en el que se pactó un salario de \$967.638, el cual se incrementó para el año 2016 en cuantía de \$1.020.000.

En el mes de noviembre del 2016, el señor LUÍS ESCOBAR, Administrador del Centro Empresarial de El Dorado, le informó que el Consejo Legal del Conjunto canceló el contrato con la empresa SEGURIDAD OLÍMPICA LTDA., por lo que el 31 de diciembre del 2016, le informan sobre la terminación del contrato.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada SEGURIDAD OLÍMPICA LTDA., a través de curador *ad litem* operó la *litis contestatio*, en la que se opone a los pedimentos, aduciendo que no le constan los hechos de la demanda y propone como excepción de mérito la que denominó genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 8 de octubre del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión indicó que obran como pruebas en el presente asunto, la documental que allegó la parte actora de folios 14 a 16, atinente al contrato de trabajo por obra o labor, suscrito entre SEGURIDAD OLÍMPICA LTDA., y el demandante, pactando como salario la suma de \$967.638, con el fin de desempeñarse como guarda de seguridad en el Centro Empresarial El Dorado, con fecha de iniciación el 18 de febrero de 2016, extremo laboral que se contradice con lo solicitado en la demanda, ya que la súplica gira en torno a indicar que el contrato inició el 11 de enero del 2016.

De la misma manera, se indica que el demandante devengaba un salario de \$1.020.000, sin embargo, en la misma demanda se acepta que en el contrato se pactó un salario de \$967.638.

De la misma manera, se aduce por la parte actora que prestó sus servicios hasta el 30 de diciembre del año 2016; sin embargo, frente a este extremo final no existe prueba alguna que lo corrobore, por lo cual la parte actora no cumplió en el presente asunto con el *onus probandi* que le correspondía.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte actora presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que se aportaron medios de convicción que dan cuenta de los hechos narrados en la demanda, como el contrato de trabajo, sin que haya sido factible allegar los comprobantes de pago, aunado a ello que no compareció la accionada a absolver el interrogatorio de parte.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala procederá a determinar si entre las partes en litigio existió el vínculo laboral alegado por la promotora del presente juicio.

4.3 DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el Tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

[...]recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos trascendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros (Subrayas fuera del texto)."

4.4 DEL CASO EN CONCRETO

De cara a lo indicado, con el objeto de desatar el fondo del litigio, le corresponde a la Sala analizar el material probatorio arrimado, con arreglo a las reglas de la sana crítica y la experiencia a fin de determinar si existen suficientes elementos de juicio que permitan corroborar el vínculo laboral alegado por la demandante.

Sobre este punto, se tiene que las únicas pruebas militantes en el plenario se contraen a un contrato de trabajo por obra o labor con fecha de inicio el 18 de febrero del 2016, en el que el demandante es contratado por la hoy demandada para desarrollar el cargo de guarda de seguridad en el Centro Empresarial El Dorado, pactando un salario igual a \$967.638 (Fls 14-16).

Siendo ello así, no cabe duda que el acervo probatorio es claramente limitando e insuficiente, pues con el mismo, ni siquiera es dable entrar a determinar si existió una prestación personal del servicio efectiva, ni mucho menos el periodo durante el cual se extendió. Por manera, que ni siquiera se podría presumir la existencia del vínculo laboral, con arreglo a lo descrito en el artículo 23 del C.S.T.

Acota igualmente la Sala que le asiste la razón al *a-quo*, en cuanto a que el referido contrato no guarda relación con el extremo inicial de la relación laboral aducido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en el libelo genitor, pues en efecto en el mismo se enuncia que lo fue el 11 de enero del 2016, mientras el mentado contrato refiere que se dio el 18 de febrero del 2016. Así, mismo se aduce en la demanda que el último salario lo fue de \$1.020.000, monto que discrepa del aludido en el contrato aportado. Por manera que ni siquiera el único documento aportado, da certeza a los supuestos de facto, aducidos en la demanda.

Bajo tales presupuestos, es evidente que la parte actora no cumplió de forma alguna con la carga probatoria que le incumbía, conforme lo reglado por el artículo 167 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales, por remisión del artículo 145 del C.P.T y la S.S. Ello es así, por cuanto el legislador fue totalmente claro al establecer en la precitada norma, la obligación que incumbe a cada una de las partes de probar los supuestos de facto de las normas jurídicas cuyo efecto jurídico se pretende obtener.

Por manera que el libelista al pretender que se declara la existencia del contrato de trabajo amparado por los artículos 23 y 24 del C.S.T, para poder obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, debía acreditar la prestación personal y efectiva del servicio y los extremos del vínculo. Presupuestos que no se cumplieron y, por tanto, resulta imperioso mantener la absolución impartida en primera instancia.

Finalmente, en torno a la falta de comparecencia de la pasiva al presente litigio en aras de absolver el interrogatorio de parte, basta indicar que la mentada prueba ni siquiera fue decretada en juicio, en la medida en que la representada se encontraba representada mediante Curador *ad litem*. Luego, este argumento de forma alguna podría, volcar los argumentos ya prescritos, derruyendo la postura que dio lugar a la absolución de la pasiva.

Dimana de lo enunciado la inexorable confirmación de la providencia objeto de análisis en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DECISIÓN:

Por lo hasta aquí consignado, es menester de la Corporación confirmar en su integridad el fallo de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

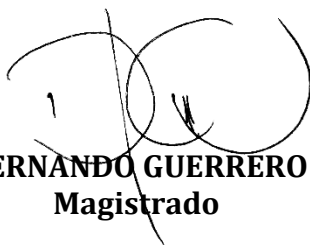
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

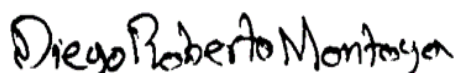
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre del 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, pro las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

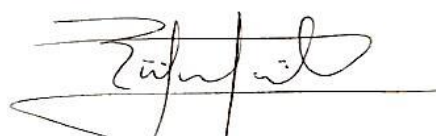
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 16 2018 00719 01
Demandante: MARCO ALVARO SANABRIA DUQUE
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 6 de julio del 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MARCO ÁLVARO SANABRIA DUQUE interpuso demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. con el objeto que se declare la nulidad del traslado del promotor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado el 1º de marzo de 1998; se condene a COLFONDOS S.A. a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación del demandante como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieren causado; se condene a COLPENSIONES a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

De forma subsidiaria solicita se declare la ineficacia o inoperancia de los efectos del traslado de régimen.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso en síntesis que estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1º de diciembre de 1995; que realizó aportes públicos desde el 6 de mayo al 13 de diciembre del 1991; que el 13 de febrero de 1998 cuando ingresó a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, no obstante, la empleadora realizó los aportes a COLFONDOS S.A., por tanto el traslado no se realizó de forma libre y voluntaria.

Finalmente, que solicitó a COLPENSIONES tener como nulo, ilegal e inválido, el traslado de régimen pensional, no obstante, dicha solicitud fue despachada de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES operó la *litis contestatio*, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, por carecer de fundamentos de derecho, así como de sustento fáctico y legal, en tanto el traslado de régimen resulta válido y eficaz.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

A su turno, COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones por cuanto los asesores de la AFP le brindaron al actor una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión.

Propuso como medios exceptivos inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias, prescripción, compensación y pago, así como la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia del 6 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen que realizó el actor a COLFONDOS S.A.; en consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen condenó a la AFP a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los frutos e intereses que se hayan causado y en general toda suma que haya recibido como causa de la cotización del demandante; condenó a COLPENSIONES a recibir los recursos y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como sustento de su decisión, hizo alusión a la Jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia, en la que se alude al deber de información que recae sobre la AFP y la carga probatoria que incumbe a la misma respecto a su deber de acreditar la diligencia debida respecto a la información, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado o si está próximo a adquirir el derecho pensional, destacando que el diligenciamiento del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho requisito.

Así, como quiera que la AFP no demostró el cumplimiento del deber de información a su cargo, determinó que el traslado efectuado se debe declarar ineficaz.

Finaliza recordando que, en este caso por tratarse de un derecho pensional, no opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLPENSIONES presenta recurso de apelación, aduciendo que si bien se le ordena una obligación aparentemente de hacer, es evidente que a futuro se pretende es un reconocimiento pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual no es de recibo, en tanto el actor para el año 1999 estaba plenamente facultado para verificar el traslado de régimen, y no existía prohibición legal alguna en tal sentido.

De otra parte, que COLPENSIONES no debe asumir el supuesto yerro de la AFP, quien incluso no se opuso a las pretensiones, debiéndose entender además que la permanencia del afiliado ante la misma convalida cualquier falencia en la afiliación o traslado. En ese orden de ideas, sostiene que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado

quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber*

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., del 20 de octubre de 1999, en el cual, aunque se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, pues la AFP no cumplió con el *onus probandi* que le correspondía. Lo anterior además aparece como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que haya percibido Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al reparo, realizado por COLPENSIONES respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no

correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta debe pronunciarse la Sala en lo tocante a la excepción de prescripción, destacando sobre el particular que el máximo órgano de cierre, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

En virtud de lo anteriormente analizado, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 6 de julio del 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 03 2019 00460 01
Demandante: OLGA ÁVILA VARGAS
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Michael Cortazar Camelo*, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.435.292 y T.P. 289.256 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con ocasión de la sentencia proferida el 1° de diciembre del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.



I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora OLGA ÁVILA VARGAS, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a efectos que se declare que la AFP incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la actora sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional; en consecuencia se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por ende se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En consecuencia, peticiona se condene a la AFP a registrar en sus sistemas de información que su afiliación es nula e ineficaz, se condene a COLPENSIONES a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante y a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la libelista incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar; se condene a COLPENSIONES a recibir la totalidad de los aportes; más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 12 de diciembre de 1963 e inició sus aportes a pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 18 de junio de 1984 y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 14 de noviembre del 2000, habiendo cotizado 319 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Precisa que en su lugar de trabajo se presentó un asesor de la AFP, quien le indicó que la mejor opción para su futuro era la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues de esta forma obtendría una pensión mayor a la que tendría lugar en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en tanto dicha entidad se encontraba desfinanciada con problemas de manejo en los recursos, por manera que de permanecer en dicha entidad pondría en riesgo su futuro pensional.

El 26 de febrero del 2019 solicitó a la AFP se procediera a anular la afiliación, pero no obtuvo respuesta ante este requerimiento. Así mismo, solicitó a COLPENSIONES que se procediera a activar su afiliación, pero dicha entidad se limitó a indicarle en qué casos se podría solicitar el traslado de régimen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones indicando que la afiliación de la libelista fue producto de una decisión libre e informada.



Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1° de diciembre del 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante realizado el 14 de noviembre del 2000, con efectividad a partir del 1° de enero del 2001, condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, ordenó a COLPENSIONES a aceptar los dineros de la AFP y declaró no probada la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión en primer lugar indicó que, si bien las pretensiones se encaminan a la declaratoria de una nulidad, en atención de los postulados jurisprudenciales, lo procedente es que el asunto sea analizado en el escenario de la ineficacia del traslado.

Concluyó que se configuró la ineficacia del traslado que realizara la demandante ante la AFP en razón a que no se acreditó el cumplimiento efectivo del deber de información, ello pese a que, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, a quien le correspondía demostrar que efectuó la debida información y asesoría al momento en que la demandante se trasladó, era a la AFP, si que se cumpla tal carga con el formulario de afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de primera instancia, PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación en el que en suma indicó que al presente evento no le resulta aplicable el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, toda vez que se han ceñido a procesos de afiliados que eran beneficiarios del régimen de transición, en cuyo caso se verifica un traslado de la carga de la prueba; de otra parte, que las acciones de tutela tienen efectos inter partes, por lo cual no se constituyen en precedente jurisprudencial, al no tener los efectos de una sentencia de constitucionalidad.

De otra parte, que el deber de información para la época del traslado consistía en determinar si se estaba renunciando a algún derecho prestacional o pensional, o si implicaba una afectación frente a una expectativa de su situación pensional, lo cual no acontece en el plenario.

Finalmente, que de lo expuesto en el interrogatorio de parte se extrae que si conocía las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

A su turno COLPENSIONES presentó el recurso de alzada señalando que la ineficacia se predica cuando se causa un perjuicio injustificado frente a una expectativa pensional, lo cual no se verifica en el presente evento, máxime que la accionante no puede ser exonerada de su obligación de autotutela o autocuidado.

Finalmente, que no se cumplen los presupuestos legales ni jurisprudenciales a efectos de disponer un traslado de la carga de la prueba.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por

escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el*

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 14 de noviembre de 2000 a PORVENIR S.A., el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cual implicó un traslado de régimen, y que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información suficiente para que se diera un consentimiento informado. Por el contrario, afirmó que solo le fue informado que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES atravesaba por una crisis económica, ante lo cual le era mas beneficios el traslado de régimen pensional, en el cual podría pensionarse manera anticipada, sin explicar las condiciones de dicha situación.

De otra parte, no se aportaron pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,



refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de

seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al principio de la sostenibilidad financiera en lo tocante a los argumentos planteados por Colpensiones, en torno a la afectación del sistema, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Así las cosas, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad fiscal en el fallo de primera instancia, pues la AFP devolverán a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniéndose en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado, y debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP jamás existió, esta tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

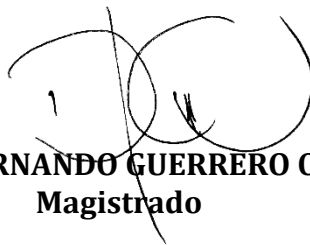
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

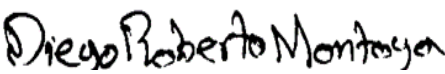
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

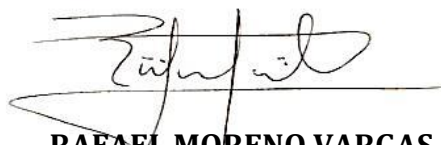
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **08201900132 01**
Demandante: NANCY HERLINDA AVILA RODRIGUEZ
Demandado: CONJUNTO RESIDENCIAL LA CASA DE SAN
JORGE
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de noviembre del 2020.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NANCY HERLINDA ÁVILA RODRÍGUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra del CONJUNTO RESIDENCIAL LAS CASAS DE SAN JORGE II, con el objeto que se declare que entre las partes existió un vínculo laboral a término indefinido del 12 de diciembre del 2016 al 6 de septiembre del 2018, el cual terminó de forma unilateral, con un último salario de \$1.117.000, desempeñando el cargo de Administradora.

En consecuencia, se condene a la pasiva al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, la indemnización moratoria prevista en

el artículo 65 del C.S.T, la indemnización por despido injusto, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que suscribió un contrato de prestación de servicios con la demandada del 12 de diciembre del 2016 al 3 de marzo del 2017, para desempeñar el cargo de Administradora. Una vez culminada la fecha de terminación del contrato, la demandante continuó prestando sus servicios a la demandada de forma ininterrumpida hasta el 30 de abril del 2019.

Precisa que todas las directrices eran recibidas por la demandante mediante el correo electrónico casasdesanjuan2@gmail.com, dentro de cuyos correos se le instó para ubicar en la puerta de la administración los horarios en que estaría disponible para la atención, se le exigía además la entrega de informes financieros, documentos, información fiscal, entre otras. Además, refiere que fue citada en varias oportunidades en aras de verificar el cumplimiento de sus funciones.

El 6 de septiembre del 2018, la pasiva le dio por terminado el contrato de trabajo a la demandante de forma arbitraria e injusta alegando el incumplimiento de algunas cláusulas contractuales, los cuales no correspondían a lo establecido en el contrato, sino a tareas asignadas a la demandante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada, en su escrito de contestación aceptó que entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios y el termino que se pactó en el mismo, así como el hecho consistente en que la promotora desarrolló las

funciones de Administradora. Se opone a los pedimentos, por cuanto aduce que entre las partes jamás existió una relación de índole laboral y terminó ante los incumplimientos contractuales de la libelista.

La pasiva formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del contrato de trabajo, falta de causa para demandar, buena fe de la parte demandada, prescripción y mala fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de noviembre del 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción denominada inexistencia del contrato de trabajo y condenó en costas a la parte actora.

Como sustento de su decisión manifestó que del acervo probatorio se corrobora que las partes suscribieron dos contratos de prestación de servicios el primero de fecha 12 de diciembre del 2016 visible a folio 23 y el segundo de 1° de mayo del 2018 obrante a folio 18, así como también la carta de terminación del último contrato fechada del 06 de septiembre de 2018, con lo cual, la demandante quedó cobijada por la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, la presunción legal fue desvirtuada, por cuanto su labor se ejecutaba de manera autónoma e independiente, sin que se encontrara sujeta al cumplimiento de órdenes, no cumplió un horario de trabajo y no acudía de manera habitual a la oficina asignada para la administración.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión emitida en primera instancia la demandante presentó recurso de apelación en el que en suma indicó que se demostró en el proceso que prestó el servicio en tres periodos, y en uno de ellos ni siquiera existió un contrato escrito de prestación de servicios, pese a lo cual, se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo, como lo son la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración.

De otra parte, que no se valoró en debida forma la prueba testimonial que daba cuenta de la subordinación, al exigirse el cumplimiento de obligaciones adicionales a las pactadas en los contratos, aunado a ello que si existían fechas de exigibilidad y un horario para su cumplimiento. De otra parte, no se valoró lo manifestado por la pasiva en el interrogatorio de parte ni la confesión vertida en la contestación de la demanda.

Aunado a lo anterior, evalúa el abuso por parte del Consejo de Administración al ordenar el sellamiento de la oficina, cuando este órgano es de vigilancia y no está facultado para emitir dicha orden, lo que se constituye en un acto de subordinación.

No se evalúa en su totalidad los documentos aportados como prueba, donde está demostrado que por medio de correos electrónicos constantemente se le daban órdenes y la terminación del contrato no obedece a las cláusulas del pactado de forma escrita ni tampoco obedece a las funciones asignadas al consejo de administración.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si entre las partes existió una relación laboral.

c. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020,

Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Ahora bien, en tratándose de personas que desarrollan cargos como los de Administración, serán las circunstancias que rodeen cada caso en particular las que nos permita entrar a corroborar si los servicios prestados, realmente se dieron en el marco de un contrato de prestación de servicios como lo alega la hoy demandada o si realmente lo fue, a razón de un contrato de trabajo, pues nada impide que un administrador ya sea de una sociedad o Copropiedad como en el *sub-lite* esté vinculado mediante un contrato de trabajo. Es de esta manera que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia con Rad. 29694 del 17 de marzo del 2010, precisó:

*“Y el hecho de que se aludiera a la calidad de administradores con la que actuarían los cedentes, no implica que el vínculo jurídico que pudiera surgir de la prestación de sus servicios personales lo sería bajo una modalidad diferente a la laboral, **pues es claro que quienes ostenten la condición de administradores de una sociedad pueden hacerlo en desarrollo de un contrato de trabajo**”.* (Negrillas fuera de texto)

d. Del caso en concreto

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si entre las partes existió una relación laboral.

Para tales efectos, se procede a analizar el material probatorio arrimado al proceso, dentro del cual se puede apreciar además de los dos contratos de prestación de servicios suscritos por las partes por los periodos comprendidos del 12 de diciembre del 2016 al 31 de mayo del 2017 (Fls. 23-26) y del 1º de mayo del 2018 al 30 de abril del 2019 (Fls. 18-22), la carta mediante la cual se le informa sobre la finalización del contrato de prestación de servicios el 6 de septiembre del 2018 ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales

(Fl 27-28), los certificados de la Alcaldía Mayor de Bogotá acorde a los cuales la demandante se desempeñó como Administradora del 2 de diciembre del 2016 al 1° de diciembre del 2017 (Fl29) y del 1° de mayo del 2018, por lo menos al 6 de septiembre del mismo año (Fl 30), una foto del sellamiento de la oficina de administración por parte de la empresa de seguridad (Fl 133), copias de las Actas de Asamblea (Fl 179-200 y 313-324), informes del revisor fiscal (Fls 232-235) y soportes contables (Fls. 236 a 212).

Acompaña a esta documental, copia impresa de varios correos electrónicos compartidos entre la demandante y la Copropiedad, mediante los cuales se constata del envío de informes, la citación a reuniones y gestiones realizadas por la promotora, en calidad de Administradora del conjunto residencial demandado (Fls 22 a 132), precisando desde ya que en ninguno de los mismos se constata la imposición de horarios de trabajo u órdenes continuas, sino por el contrario, una actividad coordinada entre el Consejo de Administración y la Administradora, atinentes a la entrega de información o el acuerdo de reuniones para evacuar puntos relacionados con la copropiedad e inquietudes de los copropietario, corroborando que no solo era el Consejo quien citaba a las reuniones, sino que algunas fueron coordinadas por la propia demandante.

Por otro lado, fueron evacuados los correspondientes interrogatorios de parte. En el curso de los mismo, el representante legal del a pasiva en el curso del cual indicó que el contrato de la demandada culminó inicialmente por un traslado indebido de fondos que hizo a su cuenta personal y el no cumplimiento de otras funciones, admitiendo que la actora ingresó con anterioridad al mes de octubre y durante aproximadamente un año y medio, pero sosteniendo que el servicio fue prestado en el marco de un contrato de prestación de servicios, destacando que las funciones eran expuestas en un cronograma en el que tiene entendido se precisaron actividades como cumplir con el habeas data, cumplir con el sistema de gestión, recobrar cartera y arreglar el cuarto de basuras, así como que la Oficina de la Administración fue sellada por disposición del Consejo de Administración. No obstante, aduce desconocer muchas de los temas por los

cuales se le interroga, en la medida en que arribó a la Copropiedad luego que la demandante finalizara su gestión.

A su turno, la demandante admitió que suscribió los contratos de prestación de servicios, para desempeñar los cargos de Administradora y Representante Legal, que la contadora le solucionaba los honorarios, previo a la presentación de la cuenta de cobro; que para el desarrollo de algunas actividades no le fijaron un término u horario, pero que debía atender el público en días y horas determinadas, admitiendo que le era factible modificar los horarios de atención para atender citas médicas.

De otra parte fue evacuado el testimonio de MARICEL MATEUS RODRÍGUEZ, quien aduce ser residente del conjunto y en tal sentir le consta que la demandante fungió como Administradora de la Copropiedad desde los años 2015 o 2016; precisa que las funciones de la demandante eran llamar a los copropietarios cuando lo considere a asambleas ordinarios o extraordinarias en el caso que suceda algo extraordinario, llevar bajo su dependencia la contabilidad del conjunto, las actas de la asamblea y del Consejo de Administración, velar y cuidar por los bienes de las áreas comunes del conjunto, representar el conjunto cuando así se considere como representante legal, cobrar las cuotas extraordinarias y multas, imponer sanciones, llamar a reuniones y la atención a los copropietarios.

Refiere que en la puerta de ingreso estaban fijados unos horarios de atención, que eran ubicados por la misma demandante sin que hayan sido una imposición, precisando que el contrato se decidió terminar por varias falencias, tales como el traslado de recursos de la Copropiedad a la cuenta personal de la demandante.

Por otra parte, se escuchó la declaración de MARÍA NINFA CARDONA PEDRAZA, quien fue nombrada para hacer una revisoría fiscal y también es

propietaria razones por las cuales le consta que la actora era la Administradora, señalando que no se le impartían órdenes; que la promotora del litigio era quien definía los horarios de atención, no obstante admite que existía un cronograma en el que se establecían unas fechas de cumplimiento; señala que no tenía que pedir permisos para ausentarse, y se decidió terminar el contrato por inconformidades con su gestión.

Así mismo, se escuchó la declaración de ISABEL CRISTINA GARCÍA, quien expone que es copropietaria de la administración e hizo parte del Consejo de Administración durante el periodo en que la demandante fue Administradora, por ello le consta que la promotora fungió como administradora en virtud de un contrato de prestación de servicios, por tanto no tenía un horario; que se realizó una lista de actividades a las cuales le hacían un seguimiento en aras de verificar el cumplimiento de las mismas; refiere que la demandante no requería pedir permisos para ausentarse.

Finalmente, se evacuó el testimonio de JOHANA MILENA ROJAS PALACIO, quien explicó ser la Contadora del Conjunto. Calidad con fundamento en la cual le consta que la demandante fungió como administradora, mediante un contrato de prestación de servicios con ocasión al cual percibía el pago de los honorarios vía transferencia electrónica, destacando que no se le impartieron órdenes; tampoco cumplía un horario de trabajo, reconoce la existencia de un documento en el cual se consignan las tareas y que en las reuniones debía rendir informes en torno a las mismas.

Siendo ello así, de cara al material probatorio recaudado se logra constatar que en efecto está plenamente acreditada la prestación personal del servicio por parte de la demandante, quien fungió como administradora de la Copropiedad demandada, desde el 12 de diciembre del 2016 al 6 de septiembre del 2018, conforme se contrate de los contratos de prestación de servicios aportados y la carta de terminación del último. Lo que en principio en efecto da lugar a que

se presume la existencia del vínculo laboral, acorde lo reglado en el artículo 24 del C.S.T.

No obstante lo precedente, aunque en efecto se constata que las labores que cumplió la demandante como administradora de cara a lo pactado por las partes, lo descrito por las testigos y enunciado en los correos electrónicos, son las comprendidas en el artículo 51 de la Ley 675 del 2001, el cual indica:

“La administración inmediata del edificio o conjunto estará a cargo del administrador, quien tiene facultades de ejecución, conservación, representación y recaudo. Sus funciones básicas son las siguientes:

- 1. Convocar a la asamblea a reuniones ordinarias o extraordinarias y someter a su aprobación el inventario y balance general de las cuentas del ejercicio anterior, y un presupuesto detallado de gastos e ingresos correspondientes al nuevo ejercicio anual, incluyendo las primas de seguros.*
- 2. Llevar directamente o bajo su dependencia y responsabilidad, los libros de actas de la asamblea y de registro de propietarios y residentes, y atender la correspondencia relativa al edificio o conjunto.*
- 3. Poner en conocimiento de los propietarios y residentes del edificio o conjunto, las actas de la asamblea general y del consejo de administración, si lo hubiere.*
- 4. Preparar y someter a consideración del Consejo de Administración las cuentas anuales, el informe para la Asamblea General anual de propietarios, el presupuesto de ingresos y egresos para cada vigencia, el balance general de las cuentas del ejercicio anterior, los balances de prueba y su respectiva ejecución presupuestal.*
- 5. Llevar bajo su dependencia y responsabilidad, la contabilidad del edificio o conjunto.*
- 6. Administrar con diligencia y cuidado los bienes de dominio de la persona jurídica que surgen como consecuencia de la desafectación de bienes comunes no esenciales y destinarlos a los fines autorizados por la asamblea general en el acto de desafectación, de conformidad con el reglamento de propiedad horizontal.*
- 7. Cuidar y vigilar los bienes comunes, y ejecutar los actos de administración, conservación y disposición de los mismos de conformidad con las facultades y restricciones fijadas en el reglamento de propiedad horizontal.*
- 8. Cobrar y recaudar, directamente o a través de apoderados cuotas ordinarias y extraordinarias, multas, y en general, cualquier obligación de carácter pecuniario a cargo de los propietarios u ocupantes de bienes de dominio particular del edificio o conjunto, iniciando oportunamente el cobro judicial de las mismas, sin necesidad de autorización alguna.*

9. Elevar a escritura pública y registrar las reformas al reglamento de propiedad horizontal aprobadas por la asamblea general de propietarios, e inscribir ante la entidad competente todos los actos relacionados con la existencia y representación legal de la persona jurídica.

10. Representar judicial y extrajudicialmente a la persona jurídica y conceder poderes especiales para tales fines, cuando la necesidad lo exija.

11. Notificar a los propietarios de bienes privados, por los medios que señale el respectivo reglamento de propiedad horizontal, las sanciones impuestas en su contra por la asamblea general o el consejo de administración, según el caso, por incumplimiento de obligaciones.

12. Hacer efectivas las sanciones por incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley, en el reglamento de propiedad horizontal y en cualquier reglamento interno, que hayan sido impuestas por la asamblea general o el Consejo de Administración, según el caso, una vez se encuentren ejecutoriadas.

13. Expedir el paz y salvo de cuentas con la administración del edificio o conjunto cada vez que se produzca el cambio de tenedor o propietario de un bien de dominio particular.

14. Las demás funciones previstas en la presente ley en el reglamento de propiedad horizontal, así como las que defina la asamblea general de propietarios.

PARÁGRAFO. Cuando el administrador sea persona jurídica, su representante legal actuará en representación del edificio o conjunto."

No obstante, el cumplimiento de las referidas obligaciones, según se colige de lo admitido por la propia demandante en su interrogatorio de parte y lo afirmado por las testigos, fueron desarrolladas atendiendo al mandato legal previamente aludido, sin que existiera injerencia por parte del Consejo de Administración, ni mucho menos un poder subordinante o disciplinario por parte del mismo, habida consideración que se logró corroborar en especial con los testimonios que no tenía un horario y tan solo existían fechas de atención a los usuarios, establecidos por la propia demandante, pero que en todo caso ella podía modificarlos o no estar presente, sin que según los testigos requiriera pedir permiso para ausentarse o se le impusiera algún tipo de sanción por ello.

Ahora, no desconoce la Sala la existencia de un cronograma (Fl 97) elaborado por el Consejo de Administración, en el que se determinaron las actividades a cargo de la demandante y unas fechas de cumplimiento. Con todo, tal supuesto

de facto *per se* en modo alguno comporta que existiera una continua subordinación, máxime cuando de la declaración de los testigos, junto con los correos electrónicos, se desprende sin lugar a dudas que era una actividad coordinada en la que todos los actores Consejo y Administración, asumían unos roles o actividades, los cuales se desarrollaban de forma conjunta, en aras de buscar el bien común de la copropiedad. Par lo cual, se hacían reuniones concertadas, sin que se corrobore que la demandante debiera asistir o que fuere sancionada ante una no comparecencia.

De hecho, se corrobora que una vez el Consejo de Administración determinó terminar el contrato, la promotora no hizo entrega de la administración, lo que llevó a tomar la determinación, por parte del referido órgano, de clausurar la oficina de administración para evitar la pérdida de documentos. Con todo, la demandante a *mutuo pro prio* citó a una asamblea extraordinaria para hacer entrega de su cargo a la Asamblea. Supuestos de orden fáctico que, analizados conforme las reglas de la sana crítica y la experiencia, lejos de configurar una relación laboral, como se predica en el recurso d alzada, denotan una autonomía y autodeterminación propia de un contratista independiente. Ello es así, por cuanto incluso después de que se le informa la terminación del contrato, ella es quien decide los pasos a seguir pasando por alto lo determinado por el Consejo de Administración, luego es evidente que no guardaba para con dicho órgano el respeto y acatamiento de las decisiones del mismo, como sucede de forma natural en una relación laboral frene a un trabajador y su superior.

Ahora, no pasa por alto la Sala que el Consejo de Administración solicitaba informes la demandante y documentos sobre la gestión desarrollada, efectuando un seguimiento a los compromisos establecidos, pero tal suceso por sí mismo no demuestra de forma alguno la predicada subordinación, sino el cumplimiento de la obligaciones legales a cargo del mismo en concordancia con lo reglado en el artículo 55 de la Ley 675 del 2001, acorde a la cual, le

corresponde tomar las determinaciones necesarias para que la persona jurídica cumpla sus funciones conforme lo previsto en el reglamento de propiedad horizontal, por manera que al evidenciar el incumplimiento en las funciones legales y contractuales en cabeza de la administradora, resultaba lógico que solicitar un informe de su gestión, sin que dicha situación de lugar a colegir que exista subordinación, máxime cuando *se itera*, la actora siempre desarrolló su actividad de forma libre, sin encontrarse sujeta a un régimen sancionatorio o disciplinario de ninguna índole.

Aunado a lo anterior, se recuerda que incluso en contratos de prestación e servicios se evidencian actividades coordinadas e instrucciones por parte del contratante y para con el contratista, las cuales resultan lógicas para la correcta ejecución del contrato pactado por las partes, pero que en forma alguna lo desnaturalizan pues no comportan una continúa subordinación. Criterio ampliamente expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, entre otras en sentencia SL-444 del 2019, en la cual se indicó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices que sobre el juego del fútbol imparta la FIFA, determinaran el partido que debería arbitrar el demandante, la hora en que se disputaría y la sede del mismo, pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por si mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Por otra parte, es preciso indicar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Finalmente, se debe precisar que aunque en efecto se corrobora que durante un interregno de tiempo la actora realizó su gestión como Administradora, sin que existiera un contrato de prestación de servicios. Esta no es una circunstancia suficiente para que se predique la configuración del contrato de trabajo, por cuanto un hecho así debe estar precedido de otro tipo de situaciones que nos permitan colegir que el contrato se ejecutó, bajo el marco de los elementos propios de un vínculo laboral. Hecho que no se cumplió en autos, por cuanto bien se argumentó la falta de subordinación, en la relación contractual analizada. Elemento esencial del vínculo laboral que, al no configurarse, impide la declaratoria del contrato de trabajo alegado.

Se sigue de lo enunciado que, la relación existente entre las partes lo fue mediante un contrato de prestación de servicio y no uno de carácter laboral, como lo indica el demandante, por lo que le asiste la razón a la falladora de primera instancia al absolver a la convocada a juicio de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:



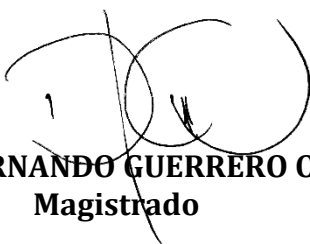
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

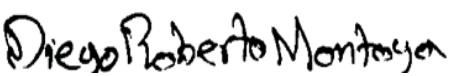
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre del 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

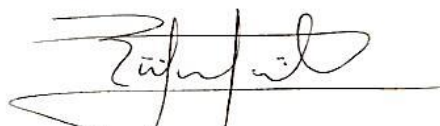
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 04 2019 00892 01
Demandante: NUBIA ROCÍO DUQUE IZASA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Ceibolt Julieth Acuña Mayordomo*, identificada con cédula de ciudadanía 1.023.916.764 y T.P. 272.791 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de Consulta, como quiera que las pretensiones fueron adversas a los intereses de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NUBIA ROCÍO DUQUE ISAZA, formuló demanda Ordinario en contra de COLPENSIONES, para que se declare que laboró al servicio del INSTITUTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA desde el 15 de agosto de 1984 hasta el 30 de abril de 1993, cotizando al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 30 de septiembre de 1994, de ahí que haya acumulado tiempos para pensión como trabajadora oficial y empleada privada. Que es beneficiaria del Acto Legislativo 01 de 2005 y del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ende, le es aplicable la pensión de vejez de que trata el Decreto 758 de 1990.

Asimismo, que se declare que COLPENSIONES omitió liquidar los años cotizados de 365 y 366 días, sin tener en cuenta que las semanas son de 7 días.

Solicitó condenar a COLPENSIONES a actualizar los tiempos durante toda su vida laboral, reconociéndole la pensión de vejez con la base salarial realmente devengada y a partir del 18 de julio de 2013, calenda en que cumplió los 57 años de edad, al pago intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que prestó el servicio al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA desde el 15 de agosto de 1984 hasta el 30 de abril de 1993, y laboró al servicio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES durante ocho años, ocho meses y quince días. Que el INCORA le asignó una retribución salarial mensual de \$33.800 mensuales, y desde el 30 de septiembre de 1994 cotizó aportes para pensión de vejez al ISS sobre una base salarial de 2 S.M.L.M.V.

Que desde el 1º de noviembre de 2001 laboró al servicio de la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL hasta el 31 de mayo de 2002, por lo que al momento de adquirir el estatus pensional solicitó ante la encartada el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, quien mediante Resolución GNR 170903 del 15 de mayo de 2014 negó la prestación. Por tal razón, elevó los respectivos recursos de reposición y apelación, lo que conllevó a que la entidad en Resolución GNR 223219 del 16 de junio de 2014 confirmara la decisión que precede, omitiéndose la totalidad de los tiempos laborados.

Por último, refirió que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 25623 del 30 de enero de 2018, reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$10.651.569

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante si bien en inicio es beneficiaria del régimen de transición, no era merecedora de la ampliación de la misma en tanto no ostentaba 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, aunado a que tampoco cumple con los requisitos normativos de la Ley 797 de 2003. Además, precisó que en efecto a la actora le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Formuló las excepciones denominadas carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la actora una pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2016 y sobre 13 mesadas pensionales al año en cuantía inicial de \$689.455, junto con los reajustes legales anuales correspondientes.

Declaró además probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 5 de diciembre de 2016, autorizando a la demandada descontar lo pagado a la actora como consecuencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y los aportes al sistema de seguridad social en salud, absolvió a la pasiva del pago de intereses moratorios y en su lugar ordenó que los valores debían cancelarse de manera indexada incluyendo el retroactivo pensional.

Para arribar a dicha conclusión, expuso que la demandante en principio es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en atención a que nació el 18 de julio de 1956, transición que a su vez se le amplió hasta el 31 de diciembre de 2014 por cumplir con más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Actor Legislativo 01 de 2005, más exactamente 759.17 semanas de cotización atendiendo tanto el tiempo cotizado en el INCORA como el cotizado en COLPENSIONES.

Que en tal sentido, cumplió los requisitos pensionales a la luz del Decreto 758 de 1990, pues atendiendo el criterio jurisprudencial reciente emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es procedente la aplicabilidad de tiempos públicos y privados para la prerrogativa pensional en mención, más si la demandante acreditó un total de 1.014.57 semanas y cumplió los 55 años de edad el 18 de julio de 2011.

Dispuso el reconocimiento pensional a partir del 5 de diciembre de 2016, toda vez que, de una parte, la actora efectuó su última cotización en el mes de octubre de dicha anualidad y presentó novedad de retiro, y de otra, operó en forma parcial la excepción de prescripción, manteniendo la mesada pensional en un S.M.L.M.V. y sobre 13 mesadas anuales.

No condenó al pago de intereses moratorios por considerar que dentro del presente asunto no existió mala fe, ya que la encartada cuando decidió la negativa de la prestación no existía el cambio jurisprudencial.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandada inconforme con la decisión la apeló. Expuso que la demandante no cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en el régimen de transición, teniendo en cuenta que, si bien a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad, esa transición debe ser estudiada en armonía con lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual establece que a su vigencia se debía acreditar 750 semanas, aspecto que no se superó ya que la actora tan solo acreditó un total de 720.85 tanto en el sector público como en el sector privado.

Que para acceder a la prestación del Decreto 758 de 1990, los únicos tiempos que se deben tener en cuenta son los cotizados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y para el presente evento, la prestación debió estudiarse a la luz de la Ley 71 de 1988.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si a la aquí demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En caso afirmativo, se determinará si le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que COLPENSIONES mediante Resoluciones GNR 170903 del 15 de mayo de 2014 y GNR 223219 del 16 de junio de 2014 (Fls. 8 a 13), negó la pensión de la demandante bajo el entendido que no es beneficiaria del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no acreditaba más de 750 semanas, sumado a que no cumplía los requisitos pensionales de la Ley 797 de 2003.

Tampoco el hecho que mediante Resolución SUB 25623 del 30 de enero de 2018, la encartada le reconoció a la señora NUVIA ROCÍO DUQUE ISAZA

indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$10.651.569 (Fls. 14 a 16).

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años,
o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

En el caso de la demandante, se tiene que nació el 18 de julio de 1956, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 37 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiaria del régimen de transición.

En tal sentido, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, prevé la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando éstas cumplan 55 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

La demandante cumplió la edad exigida el 18 de julio de 2011, pues se itera, nació el mismo mes y día del año 1956, lo que conlleva a establecer que la edad la cumplió con posterioridad al 31 de julio de 2010, de ahí que tuviera que acreditar 750 semanas al 29 de julio 2005.

En tal sentido, se tiene que según se desprende del Formato No. – Certificado de Información Laboral emitido por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la actora laboró al servicio del INCORA por el periodo entre el 15 de agosto de 1984 y el 30 de abril de 1993, lo que arroja un total de 448.44 semanas, adicional a que, como se acredita del reporte de semanas que emitiera COLPENSIONES el 13 de noviembre de 2019 (Fls. 17 a 15), cotizó a dicha entidad un total de 600 semanas comprendidas entre el 30 de septiembre de 1994 y el 31 de octubre de 2016; circunstancia por la cual, colige la Sala que el total de semanas cotizadas por la señora NUVIA ROCÍO DUQUE ISAZA tanto en el sector público como en el privado ascendió a 1.048.44 semanas.

Sobre este punto, y contrario a lo decidido por el fallador de instancia, la demandante no acreditó 750 semanas al 29 de julio de 2005, pues una vez efectuados los cálculos respectivos, se observa que para dicha calenda realizó un total de cotizaciones de 717.15 semanas, situación que conlleva a que el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no se le pudiese aplicar hasta el 31 de diciembre de 2014; y en tal sentido, es palmario que no le asiste derecho a la pensión contemplada en el Decreto 758 de 1990, ni en disposiciones normativas anteriores.

TIEMPO INCORA		
DESDE	HASTA	SEMANAS
15/08/1984	14/08/1985	51,48
15/08/1985	14/08/1986	51,48
15/08/1986	14/08/1987	51,48



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

15/08/1987	14/08/1988	51,48
15/08/1988	14/08/1989	51,48
15/08/1989	14/08/1990	51,48
15/08/1990	14/08/1991	51,48
15/08/1991	14/08/1992	51,48
15/08/1992	14/09/1992	4,29
15/09/1992	14/10/1992	4,29
15/10/1992	14/11/1992	4,29
15/11/1992	14/12/1992	4,29
14/12/1992	14/01/1993	4,29
15/01/1993	14/02/1993	4,29
15/02/1993	14/03/1993	4,29
15/03/1993	14/04/1993	4,29
15/04/1993	30/04/1993	2,28
TOTAL SEMANAS		448,44
TIEMPO COTIZADO AL ISS		
DESDE	HASTA	SEMANAS
30/09/1994	31/12/1994	13,29
1/01/1995	31/01/1995	4,29
1/09/1997	30/09/1997	3,14
1/10/1998	31/12/1998	12,86
1/01/1999	31/01/1999	4,29
1/02/1999	28/02/1999	4,29
1/03/1999	31/03/1999	4,29
1/04/1999	30/04/1999	4,29
1/06/1999	31/07/1999	8,57
1/08/1999	31/08/1999	4,29
1/09/1999	30/09/1999	4,29
1/10/1999	30/11/1999	8,57
1/12/1999	31/12/1999	4,29
1/01/2000	31/01/2000	4,29
1/02/2000	30/04/2000	12,86
1/05/2000	31/05/2000	4,29
1/06/2000	30/06/2000	4,29
1/07/2000	31/08/2000	8,57
1/09/2000	30/09/2000	4,29
1/10/2000	31/10/2000	4,29
1/11/2000	30/11/2000	4,29
1/12/2000	31/12/2000	4,29
1/01/2001	28/02/2001	8
1/03/2001	31/03/2001	4,29
1/04/2001	31/05/2001	8,57
1/06/2001	30/06/2001	4,29
1/07/2001	31/07/2001	4,29
1/08/2001	31/08/2001	4,29
1/09/2001	30/09/2001	4,29
1/10/2001	31/10/2001	4,29
1/11/2001	30/11/2001	0
1/11/2001	30/11/2001	2,71
1/02/2002	28/02/2002	4,29
1/03/2002	31/03/2002	4,29



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

1/04/2002	30/04/2002	4,29
1/05/2002	31/05/2002	4,29
1/06/2002	31/08/2002	0
1/10/2002	31/10/2002	0
1/06/2003	30/06/2003	1,57
1/03/2004	31/03/2004	4,29
1/04/2004	30/06/2004	12,86
1/07/2004	31/08/2004	8,57
1/09/2004	30/09/2004	4,29
1/10/2004	31/10/2004	4,29
1/11/2004	30/11/2004	4,29
1/12/2004	31/12/2004	4,29
1/01/2005	31/01/2005	4,29
1/02/2005	31/03/2005	8,57
1/04/2005	30/04/2005	4,29
1/05/2005	31/05/2005	4,29
1/06/2005	30/06/2005	4,29
1/07/2005	31/07/2005	4,29
TOTAL SEMANAS		268,71

SEMANAS	448,44	268,71
TOTAL	717,15	

De otra parte, y con ocasión del cúmulo de semanas efectuado, que se itera ascienden a 1.048.44, donde su último aporte lo realizó en el mes de octubre de 2016, la demandante tampoco es merecedora de la pensión de vejez regulada en la Ley 797 de 2003, la cual dispone que al año 2011, calenda en que cumplió los 55 años de edad, debía acreditar como mínimo 1200 semanas.

Por último, deja de presente la Sala que, si bien la actora exclama en su *petitum* que los tiempos de cotizaciones se deben atender contando la semana de 7 días y por consiguiente el año en 365 días, su tesis se cae de peso, como quiera que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL7995-2015, Radicación No. 53082 del 25 de marzo de 2015, señaló que las semanas de cotización se calculan teniendo en cuenta que la anualidad es de 360 días y el mes de 30 días.

Lo anterior, conlleva a que la decisión de primer grado sea revocada en su integridad, por lo que se absolverá a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas en su contra.



SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

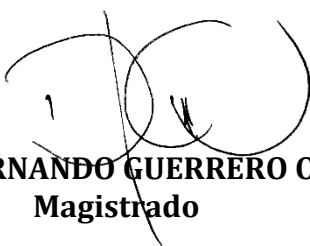
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

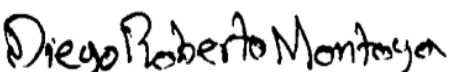
PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante señora NUVIA ROCÍO DUQUE ISAZA, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 11001 31 05 026 2019 00 696 01
Demandante: ORIETTA DEL PILAR PRIETO RODRÍGUEZ
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida el 4 de noviembre de 20202 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ORIETTA DEL PILAR PRIETO RODRÍGUEZ, formuló demanda en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de COLFONDOS S.A., fundamentada esta

pretensión en la indebida y nula información que se le otorgó por parte del fondo privado al momento de hacer el traslado.

Por consiguiente, se ordene a COLFONDOS S.A. a realizar todas las gestiones administrativas atinentes a declarar nulo el traslado efectuado por la señora ORIETTA DEL PILAR PRIETO RODRÍGUEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; asimismo, que se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo con la corrección y actualización de su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo la demandante que nació el 18 de junio de 1962, afiliándose al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el día 24 de abril de 1988, hasta el 30 de noviembre de 1996, fecha en la cual se hace efectivo el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de COLFONDOS S.A.

Con respecto a dicha afiliación, alega la demandante que no fue precedida de la debida información que la llevara a tomar una decisión libre y voluntaria, conociendo plenamente las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Alega que no le informaron que el capital necesario para obtener una mesada pensional debía ser mínimo de \$200'000.000, ni le comentaron que al llevar más de 5 años vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podría trasladarse de nuevo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tampoco le comentaron del plazo de gracia con el que contaba entre enero de 2003, y el 28 de febrero de 2004 para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones, considera que la afiliación realizada por la señora ORIETTA DEL PILAR PRIETO RODRÍGUEZ no debe ser declarada nula, toda vez que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por medio de COLFONDOS S.A.

Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumenta que el traslado efectuado por la demandante obedeció al ejercicio de su voluntad, que los asesores de COLFONDOS S.A. están debidamente capacitados para otorgar toda la información completa al momento de efectuar el traslado de régimen.

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con COLFONDOS S.A., buena fe, inexistencia de la obligación en manos de COLFONDOS S.A., prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante con COLFONDOS S.A., el 25 de octubre de 1996, por lo ordenó a COLFONDOS S.A. a remitir a COLPENSIONES el valor de todos los dineros existentes en su cuenta individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones y gastos de

administración que se generaron durante dicha afiliación, hasta tanto se haga efectivo el traslado a COLPENSIONES.

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora argumenta que, con base en el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de dar la información completa a los potenciales afiliados, manifestando de manera clara y suficiente los efectos que acarrea el traslado de régimen; de no ser así, la afiliación deberá declararse ineficaz.

Asimismo, señala que para la época en la que la accionante efectuó el traslado, los fondos privados debían cumplir con un deber mínimo de información, el cual implicaba señalar todas y cada una de las características del régimen de ahorro individual. Asimismo, indica que la sola suscripción de un formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar que se cumplió a cabalidad el deber de información.

También establece que, con base en las pruebas analizadas, no hay ninguna que acredite que en la asesoría que precedió el traslado de régimen de la actora, se le hubiese brindado información clara y suficiente; por el contrario, con base en el testimonio rendido por la señora NUBIA JIMÉNEZ, compañera de trabajo de la demandante, y quien también estuvo presente al momento de la asesoría, por cuanto fue grupal, se concluye que no se dio una asesoría completa.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que ninguna de las partes interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, se revisará la misma en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta, por cuanto la sentencia fue adversa a los intereses de COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala

de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso se visibiliza, a folio 49 del plenario, el formulario de afiliación por medio del cual la accionante efectuó el traslado a COLFONDOS S.A.; si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado reiterativamente que la información contenida dentro del formulario de afiliación, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Dentro de la audiencia, se rindió el testimonio de la señora NUBIA JIMÉNEZ, quien estuvo presente al momento de la asesoría que recibió la demandante por parte de COLFONDOS S.A. e indicó que en dicha asesoría no se dio la información completa, no se le indicaron aspectos relevantes, como lo es la cantidad de capital que debía acumular para poder pensionarse, la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, o las diversas modalidades de pensión que tiene el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; pese a esa falta de información, la señora ORIETTA DEL PILAR PRIETO RODRÍGUEZ firmó el formulario de afiliación ese mismo día, confiando en que el asesor de COLFONDOS volvería y les brindaría asesorías de forma individual a cada uno de los interesados, pues se había comprometido a hacerlo; sin embargo, el asesor nunca volvió y, por ende, la asesoría nunca se brindó.

Por otra parte, la AFP COLFONDOS S.A. no aportó ninguna prueba al plenario que desacredite lo dicho por la demandante en el escrito de demanda ni lo dicho por la testigo en audiencia.

Así las cosas, no se acredita que COLFONDOS S.A. haya cumplido con el deber de información, por el contrario, se observa que la asesoría brindada a la *señora ORIETTA DEL PILAR PRIETO RODRÍGUEZ* fue incompleta; por ende, deberá confirmarse la decisión tomada por la juzgadora de primera instancia, manteniéndose en firme la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado a COLFONDOS S.A.

Esta declaratoria de ineficacia trae como consecuencia la devolución de todos los dineros que se causaren con ocasión de la afiliación de la demandante, esto incluye los gastos de administración y los rendimientos financieros, respecto a ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros, los cuales deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la accionante.

Ahora bien, con respecto a la prescripción, dicha excepción no es procedente en las acciones de ineficacia de traslado, así lo ha dicho el máximo órgano de cierre en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la*

posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado.
SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

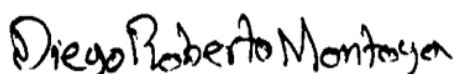
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

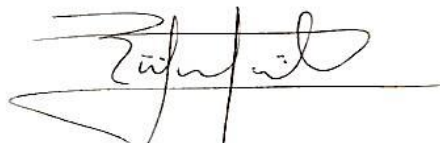
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 30 2019 00453 01
Demandante: BLANCA DEICY PINEDA
Demandado: FONDO NACIONAL DEL AHORRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora BLANCA DEICY PINEDA, formuló demanda ordinaria laboral en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo, en virtud del cual fungió como trabajadora oficial por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2000 y el 3 de junio de 2018.

Por consiguiente, se condene a la encartada al reconocimiento y pago de beneficios convencionales tales como subsidio de alimentación, prima técnica, prima de servicios, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación, todas en virtud de la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo entre el FNA y el Sindicato de Trabajadores.

Asimismo, se le condene a cancelar las cesantías por la totalidad del tiempo servido de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, los incrementos salariales tal y como lo dispone la Convención, al pago de la indemnización moratoria por la no cancelación de acreencias laborales según lo preceptúa el Decreto 797 de 1949, la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción por despido sin justa causa para los trabajadores oficiales, más lo que se falle de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que laboró al servicio de la demandada a partir del 2 de marzo de 2000 hasta el 3 de junio de 2018. Que inicialmente se vinculó con la pasiva mediante ocho contratos de trabajo en cumplimiento del denominado “*Proyecto de Asistencia Técnica para la Redefinición Competitiva*” en la Ciudad de Bogotá, contratos comprendidos entre el 7 de marzo de 2000 y el 28 de febrero de 2004, donde desempeñó las funciones de Asesor Integral y su retribución salarial mensual fue de \$700.000.

Que culminada la vinculación anterior, le ordenó suscribir un nuevo contrato con intermediación de la Empresa de Servicios Temporales ESTABIEN entre el 1º de marzo y el 30 de junio de 2004, luego suscribió la Orden de Servicios No. 246 de 2004 cuya vigencia fue entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2004, una asignación salarial mensual de \$900.000 y unas funciones invariables.

Indicó que a partir del 1º de enero de 2005 le ordenaron suscribir un contrato de trabajo con intermediación de la Empresa de Servicios Temporales NUEVO MILENIO – hoy SERDAN, siendo su cargo denominado Auxiliar Administrativo, no obstante, las funciones desempeñadas siguieron siendo las mismas desde la vinculación con el FNA, cuyo salario se estableció en la suma de \$867.000 mensuales, vínculo que finalizó el 17 de octubre de 2006, calenda en la que le comunicaron que debía suscribir un nuevo contrato con intermediación de la EST ACTIVOS, el cual se extendió desde el 18 de octubre de 2006 hasta el 31 de julio de 2007 en el cargo de Auxiliar Administrativo y una asignación salarial de \$955.000.

Que suscribió contrato con la EST HUMAN TEAM LTDA. desde el 1º de agosto de 2007 hasta el 9 de marzo de 2008 en el cargo de Asesor Punto de Atención con un salario de \$955.000, un contrato con ACTIVOS S.A. desde el 10 de marzo hasta el 30 de abril de 2008 en el cargo de Auxiliar Administrativo con salario de \$955.000, con la EST RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO ALMA MATER – hoy en día denominada SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO – SUEJE desde el 2 de mayo hasta el 15 de marzo de 2009 en el cargo de Auxiliar Administrativo y una remuneración salarial mensual de \$1.0009.000, un contrato con la EST TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. entre el 16 de marzo de 2009 y el 30 de noviembre de 2014 en el cargo de Comercial III y un salario mensual de \$1.400.000.

Seguidamente, relató que suscribió un contrato con la EST OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el 1º de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, en el cargo de Comercial III y un salario mensual de \$1.750.000, un contrato con ACTIVOS S.A. desde el 1 de octubre hasta el 15 de noviembre de 2015 en el cargo de Comercial III y un salario mensual de \$1.750.0000, una vinculación con la EST S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. la cual operó a través de cuatro contratos sucesivos e ininterrumpidos entre el 16 de noviembre de 2015 y el 3 de junio de 2018 en el cargo de Asistencial Grado I con un salario mensual de \$2.130.000.

Por último, refirió que nunca conoció a las personas que representaban las referidas Empresas de Servicios Temporales, como tampoco recibía órdenes de empleados de éstas, sino que, por el contrario, las órdenes que se le impartían eran por funcionarios del FNA consistentes en la atención de usuarios de la misma encartada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, indicando como mecanismo de defensa que amparada en lo regulado en la Ley 50 de 1990, celebró con diferentes Empresas de Servicios Temporales contratos de prestación de servicios para el suministro de trabajadores en misión, con el propósito de atender

incrementos puntuales en la producción y reemplazos de trabajadores directos, y atendiendo las reglas de vinculación previstas para los servidores públicos, en especial la relativa a la planta de personal regulada en la Resolución No. 070 del 8 de marzo de 2000, de ahí que a la actora se la haya contratado para tal fin.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de agosto de 2020, declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo por los periodos comprendidos entre el 2 de marzo de 2000 y el 28 de noviembre de 2012, y entre el 12 de marzo de 2013 y el 3 de junio de 2018 respectivamente.

Declaró probada la excepción de prescripción de los derechos legales y convencionales con ocasión al primer contrato de trabajo, y parcialmente probada respecto del segundo vínculo contractual en lo que atañe a la prima de servicios, prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, prima de navidad, bonificación por servicios y bonificación especial de recreación causadas con anterioridad al 3 de junio de 2015.

Seguidamente, condenó a la encartada al pago de \$10.188.732 por auxilio legal de cesantías, \$2.682.752 por estímulo de recreación, \$6.350.935 por prima de navidad convencional, \$3.084.728 por prima de servicios convencional, \$2.028.726 por bonificación por servicios, \$3.648.812 por prima de vacaciones convencional, \$6.958.000 por indemnización de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, \$579.636 por bonificación especial de recreación, \$2.605.700 por prima extraordinaria, \$71.000 diarios a partir del 17 de octubre de 2018 y hasta cuando se paguen las prestaciones conforme a lo reglado en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, absolviendo a la entidad de las demás pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que dentro del plenario se acreditaron los contratos de trabajo que suscribió la actora con las diferentes Empresas de Servicios Temporales, contratos encaminados a que prestara sus servicios en misión ante el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y sobre el objeto de este, situación que se sopesó con los testimonios evacuados, por lo que fue evidente que la demandante logró acreditar la prestación personal del servicio, pues incluso la pasiva fue clara en precisar que siempre se benefició de su actividad, de ahí que haya declarado la existencia de un verdadero contrato de trabajo al no haberse desvirtuado el elemento subordinado por la pasiva.

Expuso que el contrato fue interrumpido por un interregno de 120 días del 28 de noviembre de 2012 y el 12 de marzo de 2013, aspecto que incluso se demostró del reporte de semanas emitido por COLPENSIONES, tópico por el que declaró la existencia de dos contratos en los que la actora fue una trabajadora oficial.

Seguidamente, manifestó la configuración de la excepción de prescripción formulada por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO frente al primer contrato de trabajo declarado, toda vez que entre la fecha de la reclamación y la presentación de la demanda transcurrieron más de tres años conforme lo disponen los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T y de la S.S. Respecto del segundo contrato de trabajo reconoció en su totalidad el derecho a las cesantías legales, pues los demás derechos convencionales se encontraban afectados por el fenómeno jurídico prescriptivo trienal, lo que conllevó a que los reconociera desde el 3 de junio de 2015 y el 3 de junio de 2018.

En lo que atañe a las pretensiones de carácter convencional derivados de la Convención de los años 2002-2003, y 2012-2014, refirió que, al ser el Sindicato mayoritario, las prerrogativas debían ser aplicadas a todos los trabajadores de la entidad, como lo fue el caso de la señora BLANCA DEICY PINEDAD, las cuales fueron allegadas con los debidos depósitos.

Manifestó que con relación a los salarios, quedó demostrado dentro del expediente que a la demandante las diferentes Empresas de Servicios

Temporales le cancelaron por concepto de salarios para los años 2013 y 2014 la suma de \$1.470.000, para los años 2015 y 2016 la suma de \$1.750.000, y para los años 2017 y 2018 la suma de \$2.130.000 mensuales, por lo que al pretender la actora el reajuste salarial con base en lo preceptuado en el artículo 31 convencional, tales salarios resultaron inferiores a los realmente devengados, lo que conllevó a la absolución por esta pretensión.

Frente a la sanción por despido sin justa causa para los trabajadores oficiales reglada en el Decreto 2127 de 1945, manifestó que al declararse la existencia de una verdadera relación laboral como trabajadora oficial, es procedente la aplicabilidad del artículo 8º de la Ley 6 de 1945, modificado por el artículo 2º de la Ley 64 de 1946 que redujo el término de duración de cinco a dos años, y se entendería celebrado por un término de seis meses cuando no se estableciera término, a menos que las partes se reservaran el derecho de la terminación unilateral del mismo mediante aviso; circunstancia por la cual, al haber finalizado el segundo contrato de trabajo el 3 de junio de 2018, la sanción corresponde a 98 días equivalentes a \$6.958.000.

Negó el auxilio de alimentación convencional regulado en la Convención de 2012 en los artículos 18 y 24, bajo el entendido que el valor realmente percibido por la actora superaba supera el valor regulado en el acuerdo convencional. En cuanto a la prima técnica convencional del literal c) del artículo 25 de la Convención la negó con el argumento de que la actora no acreditó que venía percibiendo dicho derecho, no demostró los conocimientos técnicos o científicos para su adquisición o un cargo de dirección confianza y manejo.

Reconoció la prima de servicios convencional de los meses de junio y diciembre dispuesta en los literales g) y e) del artículo 25 convencional; la prima de vacaciones regulada en el artículo 25 literal f); el estímulo a la recreación establecido en el literal g) del artículo 25; prima de navidad del literal h) del artículo 25; bonificación por servicios prestados del artículo 25 Literal I); bonificación especial de recreación del artículo 25 Literal j).

No accedió al pago del incremento salarial regulado en el artículo 61 convencional, iterando que lo consignado en la forma de liquidarlos termina siendo inferior a lo verdaderamente devengado. Negó la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por cuanto las cesantías fueron consignadas directamente al FNA.

Analizó la pretensión de las cesantías desde el punto de vista legal, aduciendo los preceptos normativos regulados en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, así como el Decreto 1045 de 1978 y las disposiciones del Decreto 3135 de 1968, por lo que impartió condena sobre este concepto, recalando que de conformidad con lo decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las cesantías se reclaman desde la fecha de terminación del contrato de trabajo.

Dijo ser próspera la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949, ello por cuanto existió mala fe de la encartada al pretender contratar a la señora BLANCA DEICY PINEDA por intermedio de diferentes EST por un término superior al permitido por la Ley, lo que conllevó a su vez a que la condena por este concepto la fulminara a partir del 17 de octubre de 2018, día siguiente a la fecha en que culminaron 90 días hábiles, puntualizando que no procedía la indexación toda vez que había prosperado la referida indemnización moratoria, conclusiones todas por las que no declaró probados los demás medios exceptivos.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Encontró inconformidad en la absolución deducida por el fallador de instancia en lo concerniente a la prima de alimentación y la prima técnica, ambas de carácter convencional, argumentando que deben correr la misma suerte de las pretensiones por las que se impuso condena.

La parte demandada por su parte expuso en su alzada que existe una indebida aplicación de normas tanto de carácter general como especial, en el sentido que se pasó por alto lo establecido en el artículo 89 de la Ley 50 de 1990, la

cual establece que existe prohibición de las Empresas de Servicios Temporales o de sus trabajadores para que hagan parte de un Sindicato.

Expuso encontrar inconformidad de las condenas impuestas, en especial de la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949 ya que nunca se presentó la figura de la mala fe, dado que el FNA se encuentra legalmente facultado para contratar personal en misión por intermedio de EST a efectos de prestar el servicio de los usuarios en lo que atañe a todo el tema de las cesantías, sumado a que el proceso carece de orfandad probatoria pues no se allegó ningún medio de convicción que enrostre la intención de la demandante de pertenecer al sindicato, ni constancia de algún pago de cuota sindical.

Que como consecuencia de lo anterior, se afecta el principio constitucional a la igualdad, en tanto resulta desproporcional que se apliquen unos beneficios convencionales a la actora cuando no hizo parte de la organización sindical.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala por metodología en la resolución del caso que nos ocupa, y atendiendo los recursos de apelación interpuestos por las partes, auscultará en primer lugar si las relaciones laborales declaradas por el fallador de instancia respecto de la actora para con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO deben confirmarse, o si por el contrario, no puede declararse a la primera como trabajadora directa de la encartada.

En caso de prosperar el primer planteamiento jurídico, deberá analizarse si al demandante le asiste el derecho a la aplicabilidad convencional atendiendo las pretensiones condenatorias concedidas por el *a-quo*.

Igualmente, habrá de analizarse si las pretensiones convencionales referentes a la prima de alimentación y la prima técnica que fueron absueltas por el Juez primigenio gozan de prosperidad, así como la indemnización moratoria regulada en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949.

c. Del caso en concreto:

Inicialmente se debe acotar que la acción se dirigió contra quien estima la parte demandante, fungió como verdadero empleador. Sobre tal aspecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL19830-2017, Radicación No. 50377, del 8 de noviembre de 2017, señaló:

“En el proceso que persiga declarar la existencia de la obligación laboral no se requiere vincular – nada se opone a que voluntariamente se haga- a un deudor solidario, por cuanto el objeto es definir el contenido de las obligaciones de una relación jurídica de la que no es parte, y por lo mismo, no hay lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación conducentes a impedir su existencia.

“[...]

“Se ha de advertir que la solidaridad que se reclama en el sub examine tiene por fuente la ley, premisa que no desvanece la circunstancia de que el contenido de tal obligación haya sido precisado por una sentencia judicial, de la manera que se pretende cuando se alega que con ello lo que se violaría el principio de que las sentencias tienen efectos inter partes; ciertamente lo que obra es el imperio de la ley. (negrillas de la Sala).

“En atención a lo anterior, erró el Tribunal cuando reprochó al demandante, el no haber llamado a juicio a las empresas de servicios temporales, dado que, sin estas, válidamente podía haber verificado la existencia del contrato de trabajo con el obligado principal, pues en este proceso, no se trató de definir sobre la responsabilidad solidaria de esas compañías, situación que, además, lo conllevaron a vulnerar las disposiciones denunciadas.

Ahora bien, sea lo primero indicar, que dentro del presente asunto no fue objeto de reproche que el demandante suscribió contratos de prestación de servicios con el FNA en cumplimiento del denominado “Proyecto de Asistencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para la Redefinición Competitiva”, así como diferentes contratos de trabajo por obra o labor determinada con distintas Empresas de Servicios Temporales como lo fueron SERDAN, MISIÓN TEMPORAL LTDA, ACTIVOS S.A., HUMAN TEAM LTDA, RED DE UNIVERSIDADES NPÚBLICAS DEL EJE CAFETERO ALMA MATER, TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S., OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., S&A SERVICIOS Y ASESORÍASM, contratos todos donde la demandante fue empleada en misión para desempeñar labores propias del giro ordinario de la encartada, prueba de ello lo son la copia de algunos de los contratos junto con las respectivas certificaciones laborales, e incluso como lo puntualizó el fallador de instancia, obran directrices que dan fe que la misma entidad accionada reflejó que en efecto el demandante desempeñaba funciones de su objeto social desde el 2 de marzo de 2000 hasta el 3 de junio de 2018 (Fls. 72 a 165).

Como consecuencia de lo anterior, tampoco se discutió que la demandante logró demostrar dos relaciones laborales por los periodos comprendidos entre el 2 de marzo de 2000 y el 28 de noviembre de 2012, y entre el 12 de marzo de 2013 y el 3 de junio de 2018, ello bajo el entendido que existió un interregno de 120 días desde el 28 de noviembre de 2012 hasta el 12 de marzo de 2013.

Ahora bien, el asunto a resolver inicialmente, es que la parte demandada arguyó en su recurso de alzada que la Ley 50 de 1990 la faculta para poder contratar personal en misión por intermedio de EST a efectos de prestar el servicio de los usuarios en lo que atañe a todo el tema de las cesantías, promocionar y atender a los clientes de la entidad, suministrando información de los productos que tenía para los afiliados, entre otras.

Sobre el particular, es menester señalar inicialmente que las Empresas de Servicios Temporales, verifican el suministro de personal en misión para coadyuvar a la empresa contratista de forma temporal en el desarrollo de actividades. Las mismas están reguladas por la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 a 94. En el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, que para lo que interesa en el presente caso se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:

“3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.”

Ello implica, que si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y en este caso la presunción de la modalidad contractual para el trabajador oficial.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia, más exactamente la sentencia SL4330-2020, Radicación No. 83692 del 21 de octubre de 2020, en un caso de similares supuestos fácticos analizó el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con el de fraude a la ley en supuestos de contratación mediante Empresas de Servicios Temporales, en la medida que a pesar de que existan contrataciones de personal en misión bajo esta óptica, infringe la normatividad vigente, así lo expuso el Órgano de cierre:

“Aplicación de los principios de primacía de la realidad y de fraude a la ley en supuestos de contratación mediante Empresas de Servicios Temporales.

“El fraude a la ley es un principio general del derecho que como tal permea todo el ordenamiento jurídico y se define como el quebrantamiento de la legalidad, al amparo aparente de una norma. Esta figura denota aquel proceder que superficialmente se ajusta a la ley, pero que en verdad infringe la legislación, pues busca burlarla o evadir sus efectos y generalmente supone perjuicios o defraudación a terceros.

“Por su parte, el postulado de primacía de la realidad sobre las formas constituye un principio constitucional, según el cual se debe privilegiar la realidad empírica y objetiva en la que se desarrolla el trabajo, sobre las formalidades pactadas por los actores. Este mandato supralegal es transversal en el derecho laboral, por tanto resulta útil no solo para establecer si existió una relación subordinada, sino también a la hora de esclarecer qué emolumentos son constitutivos de salario, determinar el verdadero empleador en relaciones tripartitas o multipartitas, la continuidad y los extremos temporales del vínculo e incluso dismantelar situaciones de simple interposición, entre otros.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

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

“En la sentencia CSJ SL467-2019 la Corte se refirió a la contratación defraudatoria por medio de las EST, así:

“Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que



las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrinó:

“[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, 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».

“Son pues empresas cuyo 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. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

“Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

“Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

“En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para

actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria».

“Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios”.

“Como no se discute que el FNA no demostró un incremento en los servicios que presta en los términos del numeral 3.º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y aún si los hubiese acreditado, de todas formas superó el término de 6 meses prorrogable por otros 6, el Tribunal no erró al calificar los servicios contratados como continuos de la empresa usuaria. No sobra agregar que el juzgador válidamente podía catalogar el servicio como permanente por las dos vías en que lo hizo:

“(1) Cuando el servicio, en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua. En este caso, simplemente no puede acudirse al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. De allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante rotaciones de personal en misión inferiores a 12 meses o con distintas EST, pues, se repite, la necesidad empresarial en sí misma no es transitoria.

“(2) Cuando a pesar de que obedece a una situación extraordinaria (p.e. incremento en los servicios), satisfacerlo demanda un tiempo superior a 1 año, en cuyo caso, para el legislador, la necesidad equivale a su permanencia. Es decir, después del periodo máximo previsto en la ley se considera que la necesidad empresarial, debido a su duración, deja de ser ocasional y pasa a considerarse permanente.

“En línea con lo anterior, y como en este caso el requerimiento del FNA no podía ser contratado a través de una EST, tampoco erró el Tribunal al considerar defraudatoria esta negociación y reputarlo como verdadero empleador y a la EST como solidariamente responsable.”

Puestas así las cosas, descendiendo al caso de marras, tenemos que si bien en principio, la demandante desde el mes de marzo de 2000 y por lo menos hasta el año 2003 suscribió contratos de prestación de servicios directamente con el FNA, y con posterioridad y hasta el año de 2018 fue empleada en misión por intermedio de varias Empresas de Servicios Temporales, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, no puede pretender la pasiva que por el hecho de que dicha contratación en misión se encuentre en inicio como reglamentación legal en los términos de la Ley 50 de 1990, esta figura pueda ser utilizada para desnaturalizar la primacía de la realidad sobre las

formalidades dispuesta en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que al existir una contratación en misión por tan larga prolongación en el tiempo como sucedió dentro del presente asunto, las actividades desempeñadas por la actora dejaron de ser transitorias para convertirse en permanentes.

Esto conduce a su vez, a que se den las connotaciones para la constitución del principio defraudatorio de la legalidad endilgado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al amparo aparente de una norma como lo es la Ley 50 de 1990, iterándose que el actuar realizado por la encartada fue contratar indirectamente a la demandante a pesar de que su actividad además de haber sido realizada directamente sobre el objeto social, fue permanentes a excepción de los 120 días determinados por el fallador de instancia donde dejó de prestar el servicio.

La Sala puntualiza sobre este especialísimo caso, que al configurarse la interpretación del principio defraudatorio, el *a-quo* efectuó un análisis adecuado a la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo con el FNA, debido a que según se demuestra del caudal probatorio, se demostró la efectiva prestación del servicio de la señora BLANCA DEICY PINEDA para con la pasiva, sin que esta última hubiese desvirtuado el elemento subordinante; por el contrario, lo que se advirtió por la misma accionada en su contestación de demanda, es que la demandante siempre desempeñó sus funciones directamente en sus instalaciones, situación que se acompasa con los diferentes requerimientos del FNA remitidos a la demandante en el transcurrir del tiempo que advierten la constante prestación del servicio y subordinación que se ejecutó.

Así las cosas, habrá de confirmarse la declaratoria de los contratos de trabajo entre la demandante y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO sobre los extremos decretados por el fallador primigenio, precisándose nuevamente que los mismos no fueron refutados en sede de apelación por ninguna de las partes, ni tampoco los cargos desempeñados; circunstancia por la cual, es palmario que la demandante fue una trabajadora oficial de la entidad.

De la aplicabilidad de la Convención Colectiva de Trabajo.

La demandada aduce que la demandante no es merecedora de la aplicabilidad convencional por el hecho de que nunca fue asociada del sindicato, ni mucho menos realizó aporte alguno de cuota sindical, de ahí que se afecte el principio constitucional a la igualdad.

De entrada, manifiesta la Sala que no resulta de asidero el argumento de la pasiva para no aplicar los beneficios convencionales, en el entendido que al existir verdaderos contratos de trabajo entre las partes, es palmario que ostentó la calidad de trabajadora oficial.

Al proceso la parte demandante allegó copia de la Convención Colectiva de Trabajo con su respectivo depósito, que fuese suscrita entre el Sindicato SINDEFONAHORRO y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con vigencia entre el 1º de enero de 2002 y el 30 de junio de 2003 (Fls. 3 a 41), que en su artículo 3º expresa que su campo de aplicación es para todos los trabajadores oficiales que laboren al servicio de la entidad.

A su vez, se aprecia la Convención Colectiva vigente para el periodo 1º de enero de 2012 y el 31 de marzo de 2014 con su respectivo depósito (Fls. 42 a 70), reza que continúa vigente todos los acuerdos convencionales acordados con anterioridad a la presente convención; circunstancia por la cual, y como lo sostuvo el *a-quo*, es claro que el sindicato SINDEFONAHORRO actúa como mayoritario según lo establece el artículo 471 del C.P.T y de la S.S., pues no de otra manera tendría sentido que la convención se extendiera a todos los trabajadores de la entidad.

Lo manifestado implica, que la Sala pueda concluir que no resulta de asidero el argumento de la pasiva para no aplicar los beneficios convencionales, en el entendido que como ya se expuso, al existir verdaderos contratos de trabajo entre las partes, es palmario que ostentó la calidad de trabajadora oficial, lo que significa que las condenas de carácter convencional decididas en primera instancia se mantendrán incólumes, como quiera que a pesar de que la demandada expuso en su recurso de alzada no encontrarse de acuerdo sobre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las mismas, su argumento se basó únicamente en el hecho de que la actora no debía percibir tales beneficios por no hacer parte del sindicato, fundamento que se cae de su peso al ser clara la convención en precisar que se aplica independiente de si el trabajador es afiliado sindical o no.

De la excepción de prescripción.

En este punto, debe precisarse igualmente que como lo puntualizó el *a-quo*, el primer contrato de trabajo goza de prescripción, en razón a que, al haber finalizado el 28 de noviembre de 2012, y presentarse la demanda tan solo hasta el 26 de junio de 2019, es evidente que no se reclamó dentro del término trienal preceptuado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

También fue acertado el análisis de prescripción realizado sobre el segundo contrato de trabajo, esto es, el comprendido entre el 12 de marzo de 2013 y el 3 de junio de 2018, como quiera que los derechos convencionales reconocidos los efectivizó tres años anteriores al finiquito, más exactamente desde el 3 de junio de 2015 y en adelante, aspecto que no fue refutado por ninguna de las partes, en especial la actora.

De los beneficios convencionales alegados por la demandante que no fueron objeto de condena.

La parte demandante se aqueja que los beneficios convencionales referentes a prima de alimentación y la prima técnica deben ser objeto de condena.

Para resolver lo respectivo, es preciso asentar que no fueron reprochados los salarios determinados por el fallador de instancia respecto del segundo contrato de trabajo declarado, salarios que determinó de la siguiente manera:

- _ Año 2013 \$1.470.000.
- _ Año 2014 \$1.470.000.
- _ Año 2015 \$1.750.000.
- _ Año 2016 \$1.750.000.

_ Año 2017 \$2.130.000.

_ Año 2018 \$2.130.000.

a. Del Subsidio de Alimentación.

Se encuentra regulado en el artículo 24 de la Convención Colectiva suscrita para la vigencia entre el 1º de enero de 2002 y el 30 de junio de 2003, que establece:

“A partir de la vigencia de la presente Convención, la Empresa FONDO NACIONAL DEL AHORRO reconocerá un subsidio mensual de alimentación, para los cargos que a 31 de diciembre de 2001 tenían una asignación básica mensual de hasta setecientos treinta mil setecientos dos pesos (\$730.702.00) moneda corriente, una suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente. El valor reconocido en este artículo, tendrá un factor salarial y prestacional equivalente al diez por ciento (10%) de la asignación básica mensual sin que en ningún momento supere el valor mensual de dicho subsidio.

“En caso de que el valor a pagar, dé una suma resultante en cientos mayor a quinientos un peso (\$501.00), ésta se aproximará al mil siguiente y en caso de resultar igual o menor a quinientos pesos (\$500.00), se aproximará al mil anterior.”

La misma disposición quedó establecida en la Convención de 2012, más exactamente en su artículo 24, por lo que, como lo dedujo el *a-quo*, no hay vocación de prosperidad frente a esta súplica, en tanto al haber devengado la actora en el año 2013 por el segundo contrato declarado la suma de \$1.470.000, deflactado dicho valor es superior al regulado en la Convención.

b. De la Prima Técnica.

La regula el literal c) del artículo 25 de la de la Convención Colectiva suscrita para la vigencia entre el 1º de enero de 2002 y el 30 de junio de 2003, que reza:

“El Fondo Nacional del Ahorro ha venido reconociendo y pagando este emolumento a los funcionarios que reunieron los requisitos de Ley. La empresa Fondo Nacional del Ahorro continuará pagándola mensualmente, en los mismos porcentajes que lo ha hecho, a todos los trabajadores del F.N.A., que en la actualidad la poseen.”

De la lectura literal de este emolumento, no se evidencia que la actora hubiese demostrado los conocimientos técnicos o científicos que se regula para los empleados públicos, pues a pesar de que la convención regula su aplicabilidad para trabajadores oficiales, no demuestra a qué clase de requisitos legales se refiere, de ahí que incida la Sala que lo que debió probarse fueron dichos conocimientos, por lo que se confirmará la absolución por este aspecto.

De la indemnización moratoria contemplada en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949.

En primer lugar, precisa la Sala, que la condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle las prestaciones que le correspondían hay lugar a su imposición; en el caso contrario, se absolverá.

Atendiendo la sentencia SL4330-2020, Radicación No. 83692 del 21 de octubre de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia analizó en un asunto en contra del FNA esta indemnización, concluyendo que la pasiva al considerar que las actividades ejercidas por el trabajador lejos de ser ocasionales, tenían vocación de permanentes, aspecto que sucedió dentro del presente asunto al haberse pretendido suplir ilegalmente las actividades de la actora como trabajadora en misión, por lo que se confirmará esta condena, máxime si la pasiva en el recurso de alzada no efectuó reproche alguno sobre los extremos y montos en que el *a-quo* la decidió.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

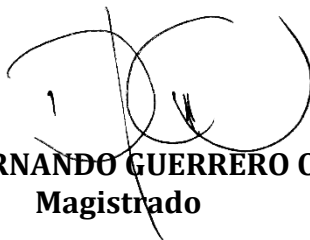
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

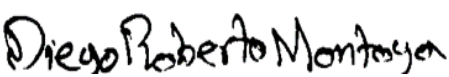
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

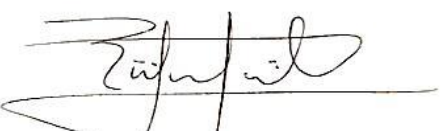
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. **1100131050 35 2015 00651 01**

Demandante: **SANITAS E.P.S.**

Demandado: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y
PROTECCIÓN SOCIAL, CONSORCIO
FIDUFOSYGA 2005 y ADMINISTRADORA DE
LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La Entidad Promotora de Salud SANITAS E.P.S., formuló demanda ordinaria contra LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, integrado por la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA PREVISORA S.A., FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., FIDUCIARIA POPULAR S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR, FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS



DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, a fin que se declare la responsabilidad por los perjuicios irrogados con ocasión del no reconocimiento de la sumas asumidas y destinadas a la cobertura de los servicios de salud a favor de diversos usuarios por valor de \$311.402.705, correspondientes a siete (7) recobros, relacionados de la siguiente manera:

Número	Número Radicado Fosyga (MYT 01)	Valor de Recobro
4.1.1	45435251	\$41.945.332
4.1.2	45433876	\$56.376.200
4.1.3	45433877	\$56.376.200
4.1.4	45434092	\$45.753.800
4.1.5	46100119	\$56.852.060
4.1.6	46174170	\$28.888.263
4.1.7	46174171	\$25.210.900

En consecuencia, se condene a las accionadas a su pago, más la suma de \$31.140.275, por concepto de gestión administrativa y extrajudicial, monto que equivale al 10% de la suma global adeudada; más los intereses moratorios e indexación.

1.2SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que la SANITAS E.P.S. asumió y cubrió diferentes tecnologías no incluidas en el POS, hoy PBS, como consecuencia de autorizaciones del Comité Técnico Científico, de los siguientes usuarios:

Número	Clasificación del servicio entregado	Nombre



5.1.1	CARDIORESINCRONIZADOR	MARTÍNEZ SÁNCHEZ VÍCTOR MANUEL
	ELECTRODO QUICK-SITE PARA VENTRÍCULO IZQUIERDO	MARTÍNEZ SÁNCHEZ VÍCTOR MANUEL
	CATÉTER BALÓN PARA VENOGRAMA CORONARIO	MARTÍNEZ SÁNCHEZ VÍCTOR MANUEL
	ELECTRODO PARA CARDIO DEFIBRILADOR	MARTÍNEZ SÁNCHEZ VÍCTOR MANUEL
5.1.2	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	ARÉVALO ROMERO JOSÉ FLORENTINO
5.1.3	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	PINZÓN CABRERA CARLOS ALFONSO
5.1.4	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	ROCA LEOTURES MOISÉS ANTONIO
5.1.5	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ JOSÉ DEL CARMEN
5.1.6	IMPLANTE DE CARDIO DEFIBRILADOR RESINCRONIZADOR	ADARVE GUTIÉRREZ FABIO
5.1.7	IMPLANTE DE CARDIO DEFIBRILADOR	VALVERDE DE MANCILLA BEATRIZ

Refiere que, una vez suministradas las tecnologías, las IPS autorizadas radicaron ante la EPS las correspondientes facturas de venta de servicios, acompañadas de los soportes que acreditan la efectiva prestación del servicio, de la siguiente manera:



Número	Clasificación del servicio entregado	Valor de la factura	Número de la factura	Nombre del prestador
5.1.1	CARDIORESINCRONIZADOR	\$33.321.282	113-109291-04284	CLÍNICA COLSANITAS SA
	ELECTRODO QUICK-SITE PARA VENTRÍCULO IZQUIERDO	\$1.263.340	113-109291-04284	CLÍNICA COLSANITAS SA
	CATÉTER BALÓN PARA VENOGRAMA CORONARIO	\$2.100.000	113-109291-04284	CLÍNICA COLSANITAS SA
	ELECTRODO PARA CARDIO DESFIBRILADOR	\$5.260.710	113-109291-04284	CLÍNICA COLSANITAS SA
5.1.2	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.376.200	3991278-042422	FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL
5.1.3	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.376.200	3989340-042421	FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL
5.1.4	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$45.753.800	5218-036499	CENTRO CARDIOVASCULAR DEL MAGDALENA
5.1.5	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.852.060	113-135886-509554	CLÍNICA COLSANITAS SA
5.1.6	IMPLANTE DE CARDIO DESFIBRILADOR RESINCRONIZADOR	\$28.888.263	TH-36467-287613	CLÍNICA EL ROSARIO
5.1.7	IMPLANTE DE CARDIO DESFIBRILADOR	\$25.210.900	00-626509-300691	CLÍNICA LA ASUNCIÓN



De otra parte, que atendiendo a que los servicios no se encontraban incluidos en el POS, hoy PBS, se elevó la respectiva reclamación al administrador del encargo fiduciario del FOSYGA, mediante el diligenciamiento de los formatos de radicación de solicitudes establecidos por el Ministerio de Protección Social, denominado MYT 01, con los números de radicado: 45435251, 45433876, 45433877, 45434092, 46100119, 46174170, 46174171.

Señala que los recobros fueron glosados, señalando como causal el que *“Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga”*, pese a ello las tecnologías no se encontraban incluidas en el entonces POS, ni tenían asignado código CUPS; que la EPS procedió a objetar los ítems a través del formato MYT 04, efectuándose las aclaraciones pertinentes.

Relata que, con la negativa de pago, se agotó el trámite administrativo, sin que haya sido factible recuperar por vía administrativa las erogaciones en que incurrió; que posteriormente el 11 de setiembre de 2014 efectuó por segunda vez la reclamación de las pretensiones mediante radicado 201442301479852, a la cual se dio respuesta negativa a través del radicado 201433101522391 del 22 de octubre de 2014.

Finalmente, que el suministro de los servicios enunciados representó un desgaste administrativo y económico, lo que generó un perjuicio que debe ser reparado por pasiva.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 operó la *litis contestatio*, señalando que frente a los recobros deprecados operó el fenómeno prescriptivo, al transcurrir más de tres años desde que fueron comunicadas las glosas; de otra parte, que las tecnologías asumidas por la EPS se encuentran incluidas en el entonces POS, hoy PBS, de conformidad con el principio de integralidad, por lo cual además, no se adeudan intereses moratorios. Finalmente, que el nuevo



administrador fiduciario, denominado CONSORCIO SAYP 2011, detectó diversas inconsistencias en los datos presentados en medio magnético, y que los valores perseguidos son superiores a los glosados.

Propuso y sustentó las excepciones de prescripción de la acción ordinaria laboral; falta de legitimación en la causa por pasiva; imposibilidad de causación de intereses de mora, y de su pago por las sociedades integrantes del CONSORCIO; el CONSORCIO, al rechazar los recobros, cumplió con la normatividad aplicable a su actividad de auditoría.

Indebida escogencia de la acción; si se considera que las prestaciones son NO POS, debe asumir la mitad de los recobros; falta de agotamiento del procedimiento legal de objeción de las glosas impuestas en el informe final de auditoría; presunción de legalidad y obligatoriedad de las decisiones adoptadas al finalizar el proceso administrativo de auditoría de las solicitudes de recobro o de las reclamaciones; obligatoriedad de las instrucciones impartidas por el entonces Ministerio de la Protección Social para el reconocimiento y pago de las solicitudes de recobro y de las reclamaciones; el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 fue un simple administrador fiduciario que debía acatar instrucciones del entonces Ministerio de la Protección Social; ausencia de incumplimiento por parte del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 de las obligaciones legales y contractuales que tenía asignadas como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA.

El CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 estaba obligado a cumplir las normas legales y reglamentarias y las instrucciones que le impartía el Ministerio de la Protección Social para la auditoría de las solicitudes de recobro y las reclamaciones; inexistencia de daño; pago de lo no debido e imposibilidad de reconocimiento de gastos administrativos.

La ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, fue vinculada mediante auto del 13 de febrero de 2018, contestando la demanda señalando que el



diligenciamiento de la solicitud de recobro no genera *per se* derecho a su pago, siendo además que en el presente evento se presentaron glosas, en tanto los servicios se encuentran incluidos en el POS, hoy PBS, y por ende fueron solucionados con cargo a la UPC.

Propuso y sustentó las excepciones previas de falta de integración del litisconsorcio necesario y prescripción; y las de mérito que denominó culpa exclusiva de la EPS recobrante; inexistencia de la obligación; ausencia de responsabilidad de la demandada; improcedencia del pago de intereses moratorios; y, la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un interés de componente mercantil.

Finalmente se tuvo por no contestada por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 8 de octubre de 2020, absolvió a las accionadas de todas las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Para tal efecto señaló que la Resolución No. 1885 de 2018, regula el recobro como la solicitud de la entidad recobrante ante el ADRES, respecto de tecnologías en salud no garantizadas por la UPC o por los recursos de servicios complementarios, ordenadas por el médico tratante o por fallos de tutela. Señaló que en el *sub-examine* las glosas consistieron en que los servicios recobrados se encontraban incluidas en el POS, hoy PBS, por lo cual ya fueron solucionados a través de la UPC, lo cual se acreditó en el plenario, en tanto en el Acuerdo 08 de 2009, vigente para la fecha de prestación de los servicios, se incluye la implantación de cardioversor desfibrilador vía infraclavicular y la implantación de cardioversor desfibrilador vías subcutánea sub pectoral,



debiéndose además acudir al principio de integralidad, por lo cual estima que también están cubiertos los insumos médicos para tales procedimientos médicos.

De otra parte, que la tecnología recobrada se denomina cardioresincronizador, la cual consiste a un marcapasos biventricular, el cual se encuentre incluido en el POS, máxime que no se acreditó que correspondiera a otra modalidad, y si bien en el dictamen pericial corresponde a un tricameral, lo cierto es que no existe prueba en la historia clínica que se trate de un elemento de tal naturaleza, ni en el Acuerdo 08 de 2009 se especifican tales características, esto es, ser tricameral, para su exclusión.

Finalmente, ante la absolución de los recobros, refirió que no resulta procedente el pago de perjuicios ni intereses moratorios.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se formuló recurso de apelación señalando que de las pruebas aportadas al plenario se acredita que los insumos no consistían en marcapasos bicamerales o desfibriladores, sino de cardio desfibriladores tricamerales, los cuales, de conformidad con el dictamen pericial, no están cubiertos por el POS, hoy PBS.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:



Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará si la EPS tiene derecho al pago de los recobros por las tecnologías en salud cubiertas en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

a. Del recobro de servicios NO POS:

Sabido es que por mandato constitucional el derecho a la salud se encuentra garantizado para todos los habitantes, por tanto, fue concebido como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en atención a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que prescriba el legislador (Art. 48 C.P.).

Asimismo, sabido es que la H. Corte Constitucional determinó que el derecho a la salud es un derecho autónomo e independiente que debe ser tratado como tal y debe garantizarse de forma integral a todo individuo, como de contera se ha expresado en la sentencia T-760 del 2008.

De cara a lo indicado, sí bien la Ley 100 de 1993 al encargarse del desarrollo de los fundamentos que lo rigen, su dirección, organización y funcionamiento, teniendo como objetivo principal regular el servicio público de la salud, se encargó de puntualizar que los afiliados al sistema (tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado), gozaban de un régimen de beneficios, enmarco dichos beneficios dentro del denominado Plan Obligatorio de Salud (POS o POS-S, hoy PBS).

Así las cosas, a partir del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, se contempló el POS, hoy PBS, como aquel que permitiría la protección integral de las familias



a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción, fomento de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Es así como el Plan Obligatorio de Salud hoy Plan de Beneficios de Salud, conforme lo dispuesto en la Resolución No 6408 del 2016, se encarga en la actualidad de precisar el conjunto de servicios para la atención en salud a los que todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho y se encuentra contenido en los Acuerdos emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, junto con sus anexos.

De esta forma, la EPS a la cual se encuentre afiliado el usuario que se preste cualquier tipo de servicios asistencial o económico, contemplado en el POS recibe como contraprestación un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación – UPC para el caso de los afiliados al régimen contributivo y mediante la liquidación mensual de afiliados LAM, para el caso de los afiliados al régimen subsidiado.

No obstante lo anterior, pese a que inicialmente se restringió la cobertura en servicios de Salud, exclusivamente respecto aquellos servicios previstos en el POS, la jurisprudencia nacional en aras de garantizar el derecho a la salud, por vía de tutela empezó a brindar la cobertura en servicios de salud NO POS cuando quiera que se acreditara que los mismos resultaban indispensables para el amparo de los derechos de un ciudadano. Asimismo, en casos especiales han sido los mismos Comités Técnico Científicos de las EPS, quienes han considerado viable el suministro de servicios NO POS.

Luego, como quiera que los servicios NO POS, no se encuentran cubiertos por las UPC, se previó vía jurisprudencial que los mismos, fueran asumidos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA creado mediante el Decreto 1283 de 1996 con el objeto de permitir la operación de compensación en el régimen contributivo; a partir del 3 de agosto del 2017 las actividades a cargo del FOSYGA, fueron asumidas por la Entidad



Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 del 2015, la cual fue creada con el fin de garantizar el flujo y controles de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, mediante la Resolución 2948 del 2003 se previó el procedimiento para el recobro ante el FOSYGA de medicamentos no incluidos en el POS que fueren autorizados por los Comités Técnico Científicos, y mediante la Resolución 2949 de la misma anualidad se previó el procedimiento previsto para el recobro de procedimientos NO POS ordenados por fallos de tutela. Disposiciones normativas que se encargaron de establecer inicialmente los procedimientos y documentos que debían ser tenidas en cuenta por las EPS para realizar el recobro de los servicios NO POS; posteriormente modificados y complementados entre otras por las Resoluciones 3099 del 2008, 3877 del 2008, 1099 del 2009, 4377 del 2010, 1089 del 2010, 2064 del 2011, 4752 del 2011, 1383 del 2011, 1701 del 2012 y finalmente las Resoluciones 458 del 2013 por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el FOSYGA y la 832 del 2013, mediante la cual se definen los términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación e los recobros, la Resolución No 1479 del 2015 por la cual se estableció el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el POS.

Con todo, vale la pena indicar que las mentadas resoluciones aluden en síntesis a un mismo trámite que en sumo se contrae a la presentación por parte de la EPS ante el FOSYGA hoy ADRES, de los respectivos formatos de recobro acompañados con la documentación soporte exigida para la fecha de presentación de los mismos, ante lo cual la entidad procederá a su pago o respectiva glosa, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1281 del 2002.

Ahora bien, en materia de glosas se tiene que la ley 1281 del 2002 en su artículo 7º se encargó de regular lo pertinente, en los siguientes términos:



“[...] además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

“Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

“En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

“Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.”

Así mismo, el Decreto 4747 de 2007, fija el trámite de las Glosas de la siguiente manera:

“Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su



respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

“Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

“Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

De otra parte, el artículo 3º de la Resolución 1885 de 2018, estipula:

“Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente resolución, se adoptan las siguientes definiciones:

“1. Cobro: solicitud presentada por una entidad recobrante ante la ADRES, a fin de obtener el pago de cuentas directamente al proveedor o prestador de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, al igual que los servicios complementarios según corresponda, caso en el cual la factura de venta o documento equivalente se presentará sin constancia de cancelación.

Con fundamento en lo anterior, procede la Sala a establecer si en el *sub-lite* hay lugar a ordenar el pago de los recobros anhelados por la EPS demandante.

Ahora bien, tal como se estableció en el supuesto fáctico de la demanda, lo cual no es objeto de debate en la alzada, las tecnologías de salud que fueran objeto de recobro se traducen en:



Número	Clasificación del servicio entregado	Valor de la factura	Número de la factura	Nombre del prestador
5.1.1	CARDIORESINCRONIZADOR	\$33.321.282	113-109291-04284	CLÍNICA COLSANITAS SA
	ELECTRODO QUICK-SITE PARA VENTRÍCULO IZQUIERDO	\$1.263.340	113-109291-04284	CLÍNICA COLSANITAS SA
	CATÉTER BALÓN PARA VENOGRAMA CORONARIO	\$2.100.000	113-109291-04284	CLÍNICA COLSANITAS SA
	ELECTRODO PARA CARDIO DESFIBRILADOR	\$5.260.710	113-109291-04284	CLÍNICA COLSANITAS SA
5.1.2	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.376.200	3991278-042422	FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL
5.1.3	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.376.200	3989340-042421	FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL
5.1.4	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$45.753.800	5218-036499	CENTRO CARDIOVASCULAR DEL MAGDALENA
5.1.5	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.852.060	113-135886-509554	CLÍNICA COLSANITAS SA
5.1.6	IMPLANTE DE CARDIO DESFIBRILADOR RESINCRONIZADOR	\$28.888.263	TH-36467-287613	CLÍNICA EL ROSARIO
5.1.7	IMPLANTE DE CARDIO DESFIBRILADOR	\$25.210.900	00-626509-300691	CLÍNICA LA ASUNCIÓN



Estimándose frente a las mismas, como glosas el hecho de encontrarse incluidas en el POS, hoy PBS, motivo por el cual ya fueron asumidas a través de la UPC, señalando el recurrente básicamente, que los insumos no consistían en marcapasos bicamerales o desfibriladores, sino en cardio desfibriladores tricamerales.

Ahora bien, al plenario se aportó dictamen pericial, en el cual se concluyó que, de los ítems recobrado, un total de 8 de ellos eran NO POS (Fl. 667), atinentes a:

Número	Clasificación del servicio entregado	Valor de la factura	Número de la factura	Nombre del prestador
1	CARDIORESINCRONIZADOR	\$33.321.282	113-109291-04284	MARTÍNEZ SÁNCHEZ VÍCTOR MANUEL
2	ELECTRODO QUICK-SITE PARA VENTRÍCULO IZQUIERDO	\$1.263.340	113-109291-04284	MARTÍNEZ SÁNCHEZ VÍCTOR MANUEL
3	CATÉTER BALÓN PARA VENOGRAMA CORONARIO	\$2.100.000	113-109291-04284	MARTÍNEZ SÁNCHEZ VÍCTOR MANUEL
4	ELECTRODO PARA CARDIO DESFIBRILADOR	\$5.260.710	113-109291-04284	MARTÍNEZ SÁNCHEZ VÍCTOR MANUEL
5	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.376.200	3991278-042422	ARÉVALO ROMERO JOSÉ FLORENTINO
6	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$45.753.800	5218-036499	ROCA LEOTURES MOISÉS ANTONIO



7	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.852.060	113-135886-509554	GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ JOSÉ DEL CARMEN
8	IMPLANTE DE CARDIO DESFIBRILADOR RESINCRONIZADOR	\$28.888.263	TH-36467-287613	ADARVE GUTIÉRREZ FABIO

De igual manera, para efectos de establecer su NO inclusión en el POS, citando además la Nota Externa 201433200083073, de cuya revisión, se extrae:

“De conformidad con lo previsto en el literal d) del Artículo 3° de la Resolución 2977 de 20121, modificado por el Artículo 2 de la Resolución 3778 de 2013, la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, establece un periodo de radicación comprendido entre el 5 y el 9 de mayo de 2014, en el que las entidades recobrantes pueden presentar nuevamente los recobros glosados por considerar que las tecnologías en salud relacionadas en el Cuadro No. 1 se encontraban incluidas en el POS y cuya glosa se haya informado por la firma encargada de adelantar la auditoría integral, con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 019 de 2012.

“[...]

“

	TECNOLOGÍA EN SALUD	TECNOLOGÍA EN SALUD RADICADA POR LAS ENTIDADES RECOBRANTES	RESOLUCION 5261 DE 1994	ACUERDO 008 DE 2009	ACUERDO 029 DE 2011
121	Implante de cardio Resincronizador tricameral y terapia de resincronización cardiaca	Implante de Cardio Resincronizador o marcapasos tricameral Implante de Cardio Resincronizador o marcapasos tricameral y	NO POS	NO POS	NO POS



		<i>terapia de resincronización cardíaca</i>			
		<i>Marcapasos tricameral</i>			

Por otra parte al absolver el interrogatorio refirió:

“Los procedimiento e intervenciones que estaban cubierto por e POS en el Acuerdo 008 están claramente determinados, existe la posibilidad de un resincronizador o un marcapasos que venía incluido desde la 5261 hasta el 008 y es un marcapasos bicameral [...] con el paso del tiempo se diseña un marcapasos tricameral [...] de acuerdo a las notas externas es NO POS”.

“[...]”

“No es ni la marca ni el nombre comercial, es la tecnología y la aplicación de una tecnología más avanzada [...]”

Ahora bien, refirió el *a-quo* que, pese a lo expuesto en el dictamen pericial, dichas tecnologías si se encuentran incluidas en el POS, ello en tanto (i) los marcapasos se encuentran incluidos en el Anexo 008 de 2009, sin hacer distinción entre bicameral y tricameral; (ii) no se evidencia en la historia clínica que se haya dispuesto el implante del cardio resincronizador tricameral y (iii) la marca del mismo no acredita que haya sido efectivamente implantado un marcapasos tricameral.

No obstante, *a contrario sensu* de lo estimado en primera instancia, se acreditó mediante la prueba pericial, que los marcapasos implantados corresponden a cardio resincronizador tricameral, pues tras analizar médicamente las historias clínicas de los usuarios antes citados, concluyó que *“El modelo implantado corresponde al PROMOTE ACCEL de ST. JUDE MEDICAL TRICAMERAL”* o a los insumos para su implante, aclarando que en los eventos reseñados, se trató de implante de cardioresincronizador tricameral.

De otra parte, es clara memorando 201433200083073 del 8 de abril de 2014, emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social a las entidades



recobrantes antes transcrito, en el cual de manera expresa se señala que las tecnologías “*Implante de Cardio Resincronizador o marcapasos tricameral*”, “*Implante de Cardio Resincronizador o marcapasos tricameral y terapia de resincronización cardiaca*” y “*Marcapasos tricameral*” NO se encuentran incluidos en el POS.

Se acota además, que en el dictamen pericial no se concluyó que los marcapasos eran tricamerales únicamente por la marca del insumo, sino que de manera expresa se concluyó que el implantado correspondía a tales características; aunado a ello, que no se verificó una glosa por no haber sido prescrito por el médico tratante o no encontrarse así determinado en la historia clínica, consistiendo la glosa única y exclusivamente a la no inclusión en el POS de los insumos, lo cual, no se evidencia en el presente proceso.

Como corolario de lo anterior, estima la Sala que se acreditó de manera fehaciente que las tecnologías en salud corresponden a implantación de cardio resincronizador tricameral, los cuales se encuentran excluidos del POS en vigencia del Acuerdo 008 de 2009, pues así se reconoce expresamente por la entidad competente en el memorando externo antes referenciado.

Como corolario de lo anterior, se absolverá la sentencia de primera instancia respecto del recobro de los servicios de salud antes referidos.

De la prescripción:

Sea del caso advertir que en efecto ninguna de las normas que regulan la materia establece con claridad el término de prescripción, por tanto, es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:



“2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

“En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:

“Art. 772¹. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

“No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

“Art. 779². Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

“Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

“Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

“En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

“El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser

¹ Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

² Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5°. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.



adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

“El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

“No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

“De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

“Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

“Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

“La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

*“Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, **que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.*

*“En consecuencia, considera la Sala que, **habiéndose emitido las facturas** en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno*



núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria”.

“En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley³ y que prescriben en tres años.»

Conforme lo anterior, es claro que el término para que opere la prescripción es de tres años por ser el previsto para las facturas cambiarias, el cual además se equipara en su término al consagrado en el C.P.T. y de la S.S, de manera que para el caso de los recobros por servicios de salud hoy reclamados se les debe aplicar el término prescriptivo trienal el cual comienza a correr partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago, fecha de radicación de la factura o de la ocurrencia del evento, según corresponda, y bajo tales precisiones teniendo en cuenta los servicios que dan origen a los recobros, el término trienal en autos se contabiliza a partir de la fecha de prestación de cada servicio.

De esta manera, como quiera que la presente demanda fue radicada el 17 de febrero de 2012 (Fl 45) ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, notificándose las accionadas dentro del año siguiente (Fls. 49 y 52 a 67) y teniendo en consideración que los recobros objeto de debate en el presente juicio, acaecen con fundamento en servicios prestados entre junio y septiembre de 2010, y recobrados entre octubre y diciembre de 2010, por lo cual no operó el término prescriptivo, conforme se puede constatar en el siguiente cuadro:

Número	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro	Fecha de prestación	Fecha de radicación

³ Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.



1	CARDIORESINCRONIZADOR	\$33.321.282	10/08/2010	1/10/2010
2	ELECTRODO QUICK SITE PARA VENTRICULO IZQUIERDO	\$1.263.340	10/08/2010	1/10/2010
3	CATETER BALON PARA VENOGRAMA CORONARIO	\$2.100.000	10/08/2010	1/10/2010
4	ELECTRODO PARA CARDIODEFIBRILADOR	\$5.260.710	10/08/2010	1/10/2010
1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.376.200	25/06/2010	1/10/2010
1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$45.753.800	02/07/2010	1/10/2010
1	IMPLANTE CARDIO RESINCRONIZADOR	\$56.852.060	26/09/2010	3/12/2010
1	IMPLANTE DE CARDIODEFIBRILADOR RESINCRONIZADOR	\$28.888.263	23/08/2010	4/12/2010

De los intereses moratorios:

Precisado lo anterior, y como quiera que lo pretendido con la presente acción es además el pago de los intereses moratorios, con ocasión del pago recobro de servicios NO POS, justo resulta indicar, respecto a la generación de los intereses en mención que considera la Sala que debe atenderse lo reglado por el artículo 7° del Decreto 1281 del 2002, esto es, que la entidad demandante contaba con un término de 6 meses para la presentación de los respectivos recobros y a partir de dicha data la entidad, contaba con 2 meses para efectuar el respectivo pago, transcurridos los mismos se generaría el derecho al pago de los intereses moratorios y hasta tanto se cancele en su totalidad la obligación. Por manera que en el *sub-examine*, teniendo en cuenta la fecha en que inicialmente se radicaron los recobros, tendríamos:

Número	Clasificación del Servicio entregado	Fecha de radicación	Intereses
1	CARDIORESINCRONIZADOR	1/10/2010	2/12/2010
2	ELECTRODO QUICK SITE PARA VENTRICULO IZQUIERDO	1/10/2010	2/12/2010



3	CATETER BALON PARA VENOGRAMA CORONARIO	1/10/2010	2/12/2010
4	ELECTRODO PARA CARDIODESFIBRILADOR	1/10/2010	2/12/2010
1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	1/10/2010	2/12/2010
1	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	1/10/2010	2/12/2010
1	IMPLANTE CARDIO RESINCRONIZADOR	3/12/2010	4/02/2011
1	IMPLANTEDE CARDIODESFIBRILADOR RESINCRONIZADOR	4/12/2010	5/02/2011

Por lo eludido, dimana lógico que la pasiva proceda a realizar el correspondiente reconocimiento y pago de los intereses moratorios respecto de cada uno de los recobros previamente enunciados a partir de la data enunciada en la última cacilla, esto es, a partir de los 2 meses con los cuales contaba la entidad para proceder a su pago, luego de la radicación del recobro.

Precisando que debido a que se accede al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, no es dable disponer la indexación de las sumas adeudadas, en tanto se estaría imponiendo doble sanción y como es bien sabido, con el pago de los intereses moratorios se supliría la mora en el pago de la acreencia hoy reclamada.

De los gastos de administración:

En lo que atañe a los gastos de administración se aduce que con la prestación de los servicios objeto de recobro, se incurrió en gastos de administración para el cobro de las sumas adeudadas.

Sobre este punto basta indicar que en el presente juicio la pasiva no acreditó ninguno gasto administrativo en el cual haya podido incurrir, a razón del presente proceso y en todo caso se le recuerda que los gastos que se generen como consecuencia del proceso se suplen a través de las respectivas costas procesales que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P, asimismo, el pago de expensas y honorarios se encuentran sujetos s lo previsto en el



artículo 364 del mismo estatuto. Ninguno de los cuales prevé el reconocimiento del 10% al que alude la parte actora en la alzada.

Por lo indicado se revocará el fallo de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por cuanto no se causaron. Las de primera a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de octubre de 2020, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, al pago de las siguientes sumas de dinero, con ocasión del recobro de tecnologías de salud NO incluidas en el POS, hoy PBS:

No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Clasificación del Servicio entregado	Valor de recobro	No. De Factura
45435251	CARDIORESINCRONIZADOR	\$33.321.282	113-109291-040284
	ELECTRODO QUICK SITE PARA VENTRICULO IZQUIERDO	\$1.263.340	113-109291-040284



	CATETER BALON PARA VENOGRAMA CORONARIO	\$2.100.000	113-109291- 040284
	ELECTRODO PARA CARDIODESFIBRILADOR	\$5.260.710	113-109291- 040284
45433876	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$56.376.200	3991278- 042422
45434092	IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR	\$45.753.800	5218-036499
46100119	IMPLANTE CARDIO RESINCRONIZADOR	\$56.852.060	113-135886- 509554
46174170	IMPLANTE DE CARDIODESFIBRILADOR RESINCRONIZADOR	\$28.888.263	TH-36467- 287613

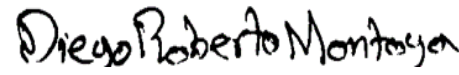
SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, al pago de intereses moratorios con posterioridad a los dos meses siguientes a la fecha de recobro, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

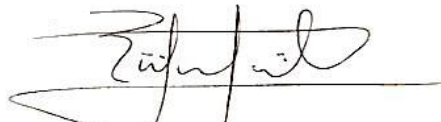
TERCERO: ABSOLVER a las accionadas de las restantes pretensiones.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **12201700679 01**
Demandante: ADRIANA PATRICIA GONZALEZ RAMOS
Demandado: CORPORACIÓN POLITÉCNICA NACIONAL
 DE COLOMBIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por el demandante en contra de la sentencia proferida el 28 de octubre del 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ADRIANA PATRICIA GONZÁLEZ RAMOS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la CORPORACIÓN POLITÉCNICA NACIONAL DE COLOMBIA, con el objeto de que se declare la existencia de un contrato verbal a término indefinido entre las partes del 7 de agosto del 2007 al 31 de diciembre del 2016; se declare que la demandada no podía disminuir el salario de forma unilateral y que el contrato finalizó de forma unilateral e injusta.

En consecuencia, deprecia se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los salarios no pagados durante los meses de octubre a diciembre de

2016, por valor de \$4.000.000 cada uno; el pago de los gastos en los cuales incurrió la demandante, relacionados con Conexiones Digitales II por valor de \$2.466.000, las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, la indemnización por despido injusto y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente, pretende se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios y que la demandada no podía disminuir unilateralmente los honorarios, por lo que reclama se condene a la pasiva, al pago de los honorarios de octubre a diciembre del 2016, los gastos incurridos por conexiones digitales, los intereses moratorios y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de las pretensiones adujo que la actora celebró contrato verbal de trabajo con la demandada el 7 de agosto del 2007, para realizar el cargo de Contadora, con una remuneración mensual de \$4.000.000.

Precisa que las funciones debió realizarlas cumpliendo las órdenes de la pasiva, en cuanto a modo, tiempo y cantidad en que se debía realizar el servicio; además requería solicitar permisos y le fue impuesto el Reglamento Interno de Trabajo.

Refiere que prestó sus servicios en la ciudad de Neiva, no obstante, en septiembre del 2016 le disminuyeron unilateralmente el salario a \$3.000.000 y le terminaron el contrato de forma unilateral e injusta el 31 de diciembre del 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación, mediante curador *ad litem*, manifestó su oposición frente a las pretensiones y adujo en lo atinente a los hechos no constarse y estarse a lo probado.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de octubre del 2020, condenó a la demandada a pagar a la actora la suma de \$9.000.000 por concepto de honorarios parciales del mes de octubre y los meses de noviembre y diciembre del 2016, y la absolvió de las demás súplicas en su contra.

Como sustento de su decisión indicó que en la declaración de parte confesó la accionante que el ejercicio de su actividad fue en desarrolló de una profesión liberal; refirió que, de conformidad con la prueba documental, la demandada solventó lo atinente a la suscripción del estado de situación financiera y los estados de resultados integrales y variaciones patrimoniales durante la vigencia del 2016.

Por otra parte, valorando los testimonios rendidos dan cuenta efectiva de una actualización y un permanente control contable, pero que no se hacía ni a nombre de la Corporación ni estaba ceñido a una actividad misional de la entidad, de hecho, señalaron efectivamente los testigos que todos fungían con contrato de prestación de servicios para una actividad contable.

Por si fuera poco, de acuerdo a los libros auxiliares es evidente el respaldo contable, respecto al pago de honorarios, por lo que no evidencia que existiera un contrato de trabajo.

Sin embargo, frente a las pretensiones subsidiarias, constata que existió un contrato de prestación de servicios y por ello, fulminó condena respecto al

valor de los honorarios adeudados.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte actora presenta recurso de apelación, en el que en suma indica que se debe revocar la decisión y conceder la totalidad de las pretensiones principales de la demanda, con fundamento en los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia alusivas al contrato realidad y la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T.

Por cuanto, está probado en el proceso que la accionante prestó servicios profesionales y de manera ininterrumpida para la sociedad CORPORACIÓN POLITÉCNICA NACIONAL DE COLOMBIA entre el 7 de agosto de 2007 y el 31 de diciembre de 2016, por lo que se puede afirmar sin lugar a dudas que operó la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T., por lo cual era deber de la demandada desvirtuar que la prestación del servicio se realizó con subordinación alguna, lo cual no ocurrió.

Teniendo en cuenta que como documentos obran en el expediente copia de los documentos suscritos por la demandante como Contadora, así como el representante legal de la Corporación y su Revisor Fiscal, como los Estados Financieros, así como los documentos en los que se reclaman las sumas adeudadas.

En ese mismo sentido se debe tener en cuenta que la señora ADRIANA PATRICIA GONZÁLEZ en su declaración de parte indicó que recibía órdenes de manera permanente por parte del señor CARLOS MADERA; que cumplió horario de trabajo; que trabajo siempre en las instalaciones de la accionada, quien le suministraba todos los elementos del trabajo; el valor de su remuneración y como de manera unilateral la CORPORACIÓN POLITÉCNICA NACIONAL decide en septiembre del 2016, disminuirle unilateralmente la

remuneración a \$3.000.000.

Asimismo, de las declaraciones testimoniales rendidas por los señores MIGUEL CANO SARMIENTO y VANESA PÁEZ CARVAJAL, siendo el primero quien fungió como Revisor Fiscal de la demandada y la segunda como empleada que laboraba en la ciudad de Neiva para la accionada, quienes dieron cuenta de la existencia de la subordinación y que la remuneración de la demandante fue reducida.

Asimismo, que no se advirtió que la finalización de la vinculación entre las partes se dio por decisión unilateral y sin justa causa, tomada por la CORPORACIÓN POLITÉCNICA NACIONAL DE COLOMBIA y que al momento de la desvinculación se le adeudaba a la remuneración de octubre a diciembre del 2016.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala procederá a determinar si entre las partes en litigio existió el vínculo laboral alegado por la promotora del presente juicio.

4.3 DEL CONTRATO DE TRABAJO:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el Tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

trabajador reclama» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

[...]recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros (Subrayas fuera del texto)."

De otra parte, vale la pena recabar en que existe un criterio pacífico en la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en torno a que la presunción del artículo 24 del C.S.T, resulta aplicable incluso en tratándose de profesiones liberales, como bien se indicó en la sentencia SL-4347 del 2020, en la cual se expuso:

"Ahora, como quiera que la defensa de la recurrente centra buena parte de su alegación en el carácter liberal de la profesión del médico, es preciso recordar que sobre el particular esta Sala de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que ninguna actividad profesional de las llamadas liberales que se desarrollen en virtud de un contrato civil o comercial, está exenta de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que esta opera, sin excepción o distinción, en «toda relación de trabajo personal» regulada por dicho estatuto (CSJ SL225-2020). "

Por manera que incluso en este tipo de casos resulta atinado entrar a determinar de forma acuciosa si la prestación del servicio prestada por el profesional, fue desarrollada bajo el marco de una relación laboral o de índole civil, para lo cual, se reitera no basta estarse a la calidad de profesional, sino a las condiciones mismas en las cuales se desarrolló el contrato de trabajo, en aras de determinar si realmente se dio con sujeción a una subordinación propia de un contrato de trabajo o si realmente lo fue bajo el marco de un contrato de prestación de servicios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Destacando que incluso en los casos en que existe un contrato de trabajo, el contratista puede estar ceñido a una serie de directrices y parámetros, propios de estas relaciones civiles y que en modo alguno comportan la existencia de una relación laboral siempre que no anule a autonomía y libertad del contratista, como fue claramente, como fuere recordado reciente mente por nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia SL-4344 del 2020, en la cual reiteró:

“Vale resaltar que si bien en un convenio de prestación de servicios, el contratante o la persona que este designe para su coordinación puede dar algunas indicaciones al contratista para la ejecución de las labores a desarrollar, aquellas deben generarse en un marco que no anule la independencia y autonomía de este, de modo que es la forma en que se ejecute la relación de trabajo entre las partes la que determina si se trata de un verdadero contratista o de un trabajador subordinado, en virtud de la aplicación del mencionado principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales.”

Criterio que se acompasa a lo ya explicado por la Corte en sentencia precedentes como la SL-4444 del 2019, mediante la cual la Corte reiteró la posibilidad de que en los contratos de prestación de servicios, se predicara la existencia de directrices que permitieran la coordinación de la labor contratada, sin desnaturalizar el contrato y en tal sentir, sostuvo:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices que sobre el juego del fútbol imparta la FIFA, determinaran el partido que debería arbitrar el demandante, la hora en que se disputaría y la sede del mismo, pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por si mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Por otra parte, es preciso indicar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación”.

4.4 DEL CASO EN CONCRETO

De cara a lo indicado, con el objeto de desatar el fondo del litigio, le corresponde a la Sala analizar el material probatorio arrimado, con arreglo a las reglas de la sana crítica y la experiencia a fin de determinar si existen suficientes elementos de juicio que permitan corroborar el vínculo laboral alegado por la demandante.

Logrando constatar que dentro del acervo probatorio militan como pruebas documentales los soportes de los movimientos bancarios de la demandante (Fls 11 a 17); las cuentas de cobro presentadas por la demandante a la encartada por concepto de honorarios como Contadora, acompañada de los soportes de pago de los aportes a seguridad social (Fls 18 a 27); copia de una reclamación elevada por la demandante en aras de obtener el reconocimiento de las acreencias, reclamadas en el presente juicio (Fl 31) y copia de algunos

estados financieros y soportes contables realizados por la demandante para la encartada (Fls.32-38).

De otra parte, se surtió la respectiva declaración de parte de la libelista, en el curso de la cual sostuvo que el contrato fue de carácter verbal y con sujeción al mismo recibía órdenes del representante legal de la demandada, las cuales eran dadas a través de correos electrónicos, llamadas y reuniones presenciales en las que se toma la planeación del mes para el cierre y para el inicio del siguiente período, la cual era verificada por el representante legal, indicando que el horario era de 9:00 a.m. a 5:00 p.m.

De otra parte, fue evacuado el testimonio de MIGUEL CANO SARMIENTO quien trabajó para la pasiva desde el año 2007 como Revisor Fiscal, por lo que le consta que la demandante laboró hasta el 31 de diciembre del 2016, mediante un contrato de servicios profesionales. Precisa que realizaba las funciones como Contadora de la empresa, tales como realizar los débitos contables y todas las funciones anexas y conexas de la función propia de la actividad profesional, lo cual ejecutaba en los días que estimara de acuerdo a las necesidades, reiterando que no existía una relación laboral, por cuanto no cumplía un horario de trabajo y tenía plena autonomía en la disposición del tiempo, además que nunca recibió un llamado de atención.

Afirma que la promotora tenía un correo corporativo, un equipo de cómputo y elementos de trabajo asignados por la encartada, desarrollando las actividades en Bogotá y Neiva, por solicitud de la Gerencia, por lo que estima que le solucionaron los gastos de transporte. Igualmente, agrega que la remuneración pactada lo fue inicialmente de \$3.000.000 y posteriormente de \$4.000.000, y no le solucionaron todos los meses; finalmente, que se culminó el contrato por aspectos presupuestales. Precisando que los estados financieros si se debían presentar en unas fechas determinadas, sin que haya

sido por órdenes del representante legal, sino que se ligaban a los plazos que por ley existían para el pago de impuestos o los fijados por Cámara y Comercio.

Así mismo, se escuchó la declaración de VANESA PÁEZ CARVAJAL, quien indicó que la libelista fue su jefe inmediata, cuando trabajaban para la demandada; precisa que la demandante era la Contadora y ella se desempeñaba como Auxiliar en Neiva, lugar en el que la actora la visitaba de forma esporádica; refiere que laboró durante los años 2014 a 2016, y tiene entendido que la demandante laboró hasta abril del 2017; refiere que se vincularon mediante contrato de prestación de servicios, y que la actora recibía órdenes, con todo, cuando se le indaga a la testigo sobre qué órdenes le impartían, aduce no tener conocimiento pero que estima que debieron ser sobre aspectos financieros y contables. Igualmente, refiere que laboraron en las instalaciones de la empresa con los elementos suministrados por la encartada, cumpliendo un horario de 8:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m. o 6:00 p.m., acotando que no laboró con la demandante en la ciudad de Bogotá.

De cara a lo enunciado no existe duda alguna para la Sala en que la demandante prestó sus servicios personales como Contadora para la empresa demandada por el periodo de tiempo comprendido del 7 de agosto del 2007 al 31 de diciembre del 2016.

Ahora, aunque en principio tal aseveración nos lleva a colegir que se presume la existencia de una relación de carácter laboral, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T., para la Sala en el plenario existen suficientes elementos de juicio para derruir la referida presunción y determinar que la actividad no fue ejecutada bajo continua subordinación, sino de forma autónoma e independiente, conforme se procede a exponer en los argumentos enunciados a continuación, sin que tal presupuestos se pueda llegar a controvertir por el hecho que la demandante desarrollara sus actividades en la empresa o con elementos de esta, máxime cuando es patente que para desarrollar las

gestiones propias de un contador, es lógico que la profesional requiera de la información financiera de la empresa, sin que el hecho de que se ponga a disposición la misma comporte la existencia de subordinación.

Por otro lado, cobra vital importancia la declaración rendida por el SEÑOR MIGUEL CANO SARMIENTO, quien fue claro y contundente al enunciar que la demandante no cumplía un horario; por tanto, era autónoma e independiente en el manejo de su tiempo y que si bien, debía presentar los informes financieros en determinados tiempos, estos no dependían de órdenes impartidas por la entidad, sino que se daban con sujeción a los parámetros legales que imponían el pago de impuestos en determinadas fechas. Afirmaciones, con las cuales se corrobora que no puede existir la subordinación propia de la relación laboral, requerida por la declaratoria del contrato laboral anhelado.

Ahora, aunque la testigo VANESA PÁEZ, refiere que la demandante si recibía órdenes y que cumplía un horario, tal aseveración no merece mayor credibilidad por la Sala, pues al indagársele sobre el tipo de órdenes recibida indica no conocerlas, lo que nos permite colegir que no tiene certeza alguna sobre este punto, de hecho, no puntualiza una sola orden que de forma directa hubiere evidenciado. Sumado a ello, la testigo refiere que la demandante laboró en Bogotá y en Neiva, sin embargo, ella como deponente afirmó estar en Neiva, luego solo podría dar cuenta de las condiciones en las cuales se desarrolló la actividad en la última ciudad y tan solo por el año que aduce que la demandante estuvo en el mismo. Por si fuera poco, no pasa por alto la Sala que la testigo incluso es imprecisa frente al extremo final de la relación laboral, por cuanto alega que esta feneció en abril del 2017, cuando la promotora siempre ha sostenido que lo fue en diciembre del 2016.

En otro, giro recuerda la Sala que las declaraciones manifestadas por la demandante en su declaración, no pueden tenerse como prueba de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

existencia del contrato de trabajo o la forma en que se desarrolló la misma, pues es bien sabido que este tipo de prueba busca es obtener una confesión, la cual solo se obtiene a través de declaraciones que resulten adversas al mismo deponente, por manera que las demás declaraciones, deben ser analizadas en conjunto con los demás medios probatorios, en aras de corroborar su veracidad. Conforme se desprende de los requisitos de la confesión vertidos en el artículo 191 del C.G.P en concordancia con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3827 del 2020:

“En cuanto al interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, es preciso mencionar que solo se predica confesión de aquellos hechos «que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria». De esta forma, no es posible demostrar que el actor «conocía bien las responsabilidades del cargo que potencialmente se le daría» a partir de las declaraciones del representante legal de la empresa, pues como bien es sabido, a nadie le está permitido crear su propia prueba. En ese orden, la confesión solo se estructuró frente a los hechos desfavorables para la empresa, relacionados con el ofrecimiento de una nueva vinculación al demandante y que las condiciones laborales del jefe de tripulación técnico eran inferiores a las del cargo que venía ejerciendo el actor.”

Derroteros que, para la Sala, conducen a confirmar la providencia objeto de reparo en esta instancia, pues lo cierto es que no existe un solo elemento de juicio que nos permita quebrar la sentencia atacada. Por el contrario, para la Sala del material probatorio recaudado salta de bulto la existencia de un contrato de prestación de servicios y no uno de índole laboral.

Por lo hasta aquí consignado, es menester de la Corporación confirmar en su integridad el fallo de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

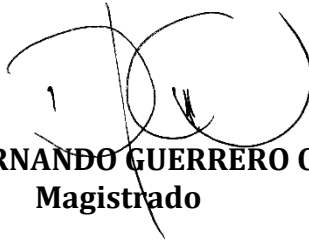
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

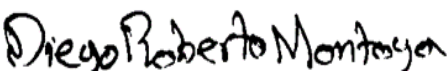
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de octubre del 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

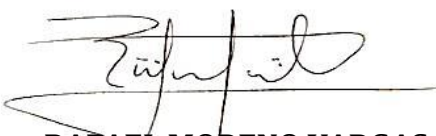
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **38 201800276 01**
Demandante: ADALCIZAR ESPITIA GALLEGO
Demandado: TELMEX COLOMBIA S.A., SICTE S.A.S. Y
SEGUROS CONFIANZA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por TELMEX COLOMBIA y SEGUROS CONFIANZA S.A. en contra de la sentencia proferida el 11 de septiembre del 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ADALCIZAR ESPITIA GALLEGO presentó demanda ordinaria laboral en contra de SICTE S.A.S. y TELMEX COLOMBIA S.A. con el objeto que se declare que el 14 de noviembre del 2014 inició a laborar en forma personal y subordinada para la sociedad SICTE S.A.S., mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el cual se mantuvo vigente hasta el 17 de junio del 2016, data en la cual fue despedido de forma unilateral e injusta por parte de la sociedad empleadora. Así mismo, pretende se declare que la demandada TELMEX COLOMBIA S.A. es solidariamente responsable de todas las acreencias laborales.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, los salarios dejados de percibir, las prestaciones sociales, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó en síntesis que estuvo vinculado por contrato de trabajo a término indefinido al servicio de la empresa SICTE S.A.S. en el periodo comprendido entre el 14 de noviembre del año 2014 y 17 de junio del año 2016, fecha esta última en que la accionada dio por terminado su contrato de trabajo por la desaparición de las causas que le dieron origen. Precizando que se desempeñó en el cargo de ayudante de instalación de redes externas e internas de cable, recibiendo una retribución mensual de \$689.455.

Destacando que la empresa SICTE S.A.S. es contratita de la compañía TELMEX COLOMBIA S.A., quien es la beneficiaria de las labores desarrolladas por el demandante.

Relata que le fue realizado examen por parte de la EPS Compensar, la que determinó reemplazo de cadera, el día 20 de junio del año 2018, la IPS Medi Express emitió concepto de examen de egreso en el cual se estableció ergonomía, higiene postural, pausas activas, cadera, ortopedia, aplicación de órdenes de médico tratante, sin embargo, la encartada conociendo su estado de salud, le terminó el contrato de trabajo sin mediar autorización del Ministerio de Trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



TELMEX COLOMBIA S.A. en su escrito de contestación de la demanda, se opuso a las pretensiones en su contra aduciendo que el libelista jamás ha mantenido una relación laboral con dicha empresa y no se cumplen los requisitos de solidaridad establecidos en el artículo 34 del C.S.T., frente a las eventuales obligaciones laborales pendientes a cargo de SICTE S.A.S.

Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de solidaridad, inexistencia de contrato de trabajo, falta de causa material, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y pago, prescripción y buena fe.

La empresa SICTE S.A.S., en su escrito de contestación no se opuso a la declaratoria del contrato ni sus extremos, sin embargo aduce que las prestaciones fueron pagadas de forma oportuna, refiriendo que a la fecha de terminación del contrato de trabajo el demandante no se encontraba incapacitado y mucho menos en estado de discapacidad, precisando que el contrato finalizó por cuanto acabaron las causas que le dieron origen.

Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, falta de causa y enriquecimiento sin justa causa.

La llamada en garantía SEGUROS CONFIANZA S.A. contestó de igual manera dentro del término, propuso las excepciones que denominó procedencia de la afectación de la póliza, al no existir solidaridad laboral, no cobertura de indemnizaciones por despido en estado de incapacidad, intereses moratorios, ausencia de cobertura, no está acreditado que las labores del trabajador demandante fueron exclusivas para la ejecución del contrato de 0070 del 2014, amparado por la póliza e improcedencia del llamamiento en garantía a cargo de la póliza 3418313138 al no haber sido expedida por seguros confianza.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de septiembre del 2020, condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto del demandante, en cuantía igual a \$962.683, suma que deberá ser cancelada de forma indexada al momento del pago; declaró que TELMEX COLOMBIA S.A., es solidariamente responsable en el pago de la indemnización por despido injusto y condenó a SEGUROS CONFIANZA S.A de acuerdo a las condiciones y montos acordados en la póliza de seguros No. 01 CU068863, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión indicó que el actor no acreditó su condición de discapacidad en los términos del artículo 5° de la Ley 361 de 1997, al echarse de menos un dictamen de pérdida de capacidad laboral que arrojara una PCL igual o superior al 15%, no surgiendo alternativa distinta salvo absolver a la demandada de esta pretensión, bajo el entendido que las disposiciones legales no prohíben el despido del trabajador en situación de discapacidad sino lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio, lo que no ocurrió, pues no se demostró siquiera la disminución física o sensorial invocada que active esta protección especial.

De otra parte, que la accionada no acreditó la causa de terminación del contrato de trabajo, por lo que emitió condena al pago de la respectiva indemnización, frente a cuyo pago TELMEX COLOMBIA S.A. es solidariamente responsable al encontrar acreditada la conexidad de que trata el artículo 34 del C.S.T.; finalmente, emitió condena frente a la llamada en garantía, en tanto se suscribió una póliza para garantizar la ejecución del contrato D 070 DE 2014, y dentro de sus amparos está la garantía para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.



III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* TELMEX COLOMBIA S.A. interpuso recurso de apelación en torno a la declaratoria de solidaridad, aduciendo que la Corte de Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha referido que para que proceda la declaratoria de solidaridad, se debe tener en cuenta, no solamente la conexidad de los objetos sociales, sino también la labor desarrollada por el trabajador, la cual en el presente evento era de ayudante, lo cual no corresponde con las actividades propias de la sociedad recurrente; de igual manera, que la solidaridad no se predica de las costas procesales.

Finalmente, que se debe revocar la condena al pago de la indemnización por despido injusto, por cuanto las partes acordaron que constituiría justa causa para dar por terminado el contrato el hecho de que se culminara la actividad en el marco del contrato del vínculo comercial que tuvieron las dos personas jurídicas, lo cual aconteció en el presente evento, sin que además se haya tenido en cuenta la conducta procesal del demandante al faltar a la verdad en el interrogatorio de parte.

De otra parte, SEGUROS CONFIANZA S.A. presenta recurso de apelación, refiriendo de igual manera que por las labores desarrolladas por el actor, no resulta aplicable la solidaridad con TELMEX COLOMBIA S.A.: de otra parte, que se evidencia una ausencia de cobertura en la póliza, ya que no se encuentra acreditado que las labores del trabajador fueron exclusivas para la ejecución del contrato amparado por la póliza 01cu068863, de conformidad con las condiciones generales de la póliza en la cláusula 1.5, que se especifica en referir que las obligaciones de tipo salarial que cubre son los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de aquellos trabajadores que hayan prestado labores exclusivas para el objeto del cumplimiento del contrato.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si el actor tiene derecho al pago de la indemnización por despido injusto; de otra parte, si TELMEX COLOMBIA S.A. es solidariamente responsable con SICTE S.A.S. respecto del pago de la indemnización por despido injusto que se debe cancelar al libelista. E igualmente si debe responder la llamada en garantía SEGUROS CONFIANZA S.A., de acuerdo a las condiciones y monto acordado en la póliza de seguros.

c. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que entre el demandante laboró para la empresa SICTE S.A.S. por el espacio de tiempo comprendido entre el 14 de noviembre de 2014 y el 19 de junio del 2016, en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, a razón del cual desempeñó el cargo de Ayudante, por cuanto estos supuestos de facto, tal como lo determinó el *a-quo* fueron aceptados por el empleador en el escrito de contestación de la demanda, a más de encontrarse plenamente acreditados con el material probatorio recaudado.

d. De la indemnización por despido injusto:

Reclama el promotor del juicio el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto reglada por el artículo 64 del C.S.T, misma que fue objeto de condena en primera instancia y debatida en la alzada por TELMEX COLOMBIA S.A.

Sobre este tópico se tiene que la relación laboral finiquitó el 19 de junio del 2016, alegando la encartada que esta se dio con ocasión a la terminación de la obra o labor contratada. Sin embargo, tal argumento carece de soporte probatorio alguno, en cuento el propio representante legal de SICTE S.A.S. confesó en el interrogatorio de parte que la relación laboral había finalizado debido a que TELMEX COLOMBIA S.A. le informó sobre una disminución de su capacidad, de tal manera, que no se acreditó que haya cesado la obra o labor contratada respecto del hoy demandante como Ayudante de las instalaciones de redes, ni tampoco comporta una causal de terminación del vínculo laboral a la luz de lo pactado por las partes en el respectivo contrato de trabajo.

Aunado a lo anterior, el documento denominado terminación y liquidación de la oferta mercantil realizada con TELMEX COLOMBIA S.A. (Fls. 233 a 244) por el cual se establece la liquidación de la oferta mercantil número 19, data del 23 de septiembre del 2003, luego no existe soporte alguno que dé cuenta que para el 17 de julio del 2016 realmente hubiere fenecido el contrato entre las demandadas en solidaridad. Por el contrario, permiten colegir que para entonces estaba vigente la oferta mercantil suscrita en el año 2008 (Fls. 126 a 141) y el contrato de prestación de servicios (Fls. 142 a 186) por cuanto este tenía un término de duración de 3 años desde el 2014.

Argumentos suficientes para confirmar la condena impartida por concepto de indemnización por despido injusto.

e. De la Solidaridad:

La solidaridad es una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas, prestacionales o indemnizatorias, en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante una insolvencia económica por parte del contratista.

El artículo 34 del C.S.T., subrogado por el 3º del D. 2351 de 1965, dispuso:

*“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***

*2o) **El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas**”.* (Subrayas fuera de texto)

Precepto legal, modulado e interpretado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el entendido que esta solidaridad no se predica únicamente, cuando se constata una identidad con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que

hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL 2262 de 2018, en la que hace alusión a la del 5 de febrero de 2014, radicación 38651:

“En efecto, de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que no se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del CST, es preciso que las tareas coincidan con las labores normales del dueño de la obra.

“En sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 38651, se dijo sobre el particular:

*“[...] para que esa solidaridad se configure, **no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.**”*

En el *sub-lite* reposan los contratos de prestación de servicios No D00210-2013 y D0070-2014 (Fls. 142-185) suscritos entre TELMEX COLOMBIA S.A. y SICTE S.A.S. cuyo objeto se circunscribe a la “*construcción y/o instalación y/o mantenimiento de canalización y/o postería, equipos, materiales, elementos para el establecimiento o restablecimiento de redes de Fibra Óptica en proyectos con entidades públicas o privadas y/o construcción de acometidas y obras civiles internas (...)*”; para cuya ejecución la empresa TELMEX COLOMBIA S.A. suscribió el contrato de trabajo con el demandante el 14 de noviembre del 2014 para que este desempeñara el cargo de Ayudante en la instalación de redes externas e internas de cable, como fuere admitido por su empleador en la contestación de la demanda (Fl. 70).

Así mismo, vale la pena recabar en que el objeto social de la empresa SICTE S.A.S. acorde con el certificado de existencia y representación (Fls. 8 a 25) recae en el suministro de equipos y materiales, la construcción y la realización de todo tipo de montajes electromecánicos y obras complementarias como redes de transmisión. A su turno, el objeto social de la contratante TELMEX COLOMBIA S.A., conforme el certificado de existencia y representación legal (Fls. 12 -24) recae en la prestación de los servicios relacionados con las tecnologías de la información de las comunicaciones, incluyendo la prestación de servicios de telecomunicaciones y en el marco del mismo:

“construir, explorar, usar, instalar, ampliar, ensanchar, expandir, renovar, modificar o revender redes y servicios de telecomunicaciones y sus diferentes elementos para uso privado o público nacionales o internacionales” (Subrayado fuera de texto)

En igual sentir, se advierte que el representante legal de SICTEC S.A.S. en su interrogatorio de parte acepta que el contrato de trabajo del demandante finalizó en la medida en que TELMEX COLOMBIA S.A. les informó sobre la disminución de la capacidad en el proyecto que se manejaba por dicha entidad, quedando claro que el contrato del demandante se encontraba atado al servicio prestado a TELMEX COLOMBIA S.A., por ello confiesa que el contrato laboral finalizó en virtud de la comunicación remitida por la empresa contratante, comunicación esta que no fue desconocida en ningún momento por TELMEX COLOMBIA S.A., sino que por el contrario se admitió en el interrogatorio de parte vertido por su representante. Confesiones estas que nos permiten colegir que la actividad desplegada por el actor como Ayudante, lo fue en el marco del desarrollo del contrato de prestación de servicios existente entre las hoy demandadas.

Trazados estos lineamientos y siguiendo el hilo conductor trazado, no cabe duda alguna que las actividades desarrolladas por el demandante como Ayudante en la instalación de las redes, no era una actividad ajena al objeto

social de TELMEX COLOMBIA S.A., *a contrario sensu*, se encuentra íntimamente ligada con el objeto social de la empresa y el propio objeto del contrato de prestación de servicios existente entre TELMEX COLOMBIA S.A y SICTE S.A.S.

Argumentos por los cuales, no cabe duda alguna en torno a la existencia de la pregonada solidaridad que se predica respecto de las demandadas TELMEX COLOMBIA S.A. y SICTE S.A.S. lo que las hace responsables de todas y cada una de las condenas fulminadas a favor del libelista, por lo que se confirmará la sentencia en torno a este punto.

Precisando en lo tocante a las costas que la condena impartida por tal concepto no dimana de su responsabilidad solidaria, sino de su calidad como parte demandada en el presente juicio. Por cuanto estas operan de forma objetiva, en atención a las reglas trazadas por el artículo 365 del C.G.P, el cual impone el pago de las mismas a cargo de la parte vencida en juicio, en este caso las sociedades demandadas.

f. Del Llamamiento en Garantía

En lo que respecta a este punto de debate, resulta indispensable remitirnos a la Póliza de cumplimiento que dio lugar al llamamiento en garantía de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A CONFIANZA S.A., esto es la No 01 CU068863 (Fls. 240 a 241), en al cual se puede verificar que la misma fue tomada por la compañía TELMEX COLOMBIA S.A. en su calidad de asegurado, con el objeto de: *“Amparar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios No D0070-2014 (...)”*, esto es el contrato de prestación de servicios, en el marco del cual se evidenció fueron prestados los servicios por parte del demandante, pues de hecho fue el propio representante de SICTEC S.A.S. en su interrogatorio de parte quien afirmó que el contrato del demandante finalizó cuanto TELMEX COLOMBIA S.A. les informó sobre la disminución en la



capacidad del proyecto con dicha empresa, situación que como ya se expresó fue admitida por el representante legal de TELMEX COLOMBIA S.A. en su escrito de contestación, sin que milite prueba de ninguna índole mediante la cual se pueda constatar que entre las contratistas para la data en que laboró el demandante, se estaba ejecutando otro contrato distinto al No. D0070-2014, amparado por la póliza que hoy nos ocupa.

Así mismo, se tiene que en la mentada póliza se prevé dentro de los montos asegurados un rubro de \$71.335.485 por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones; este último que claramente comprende el pago de la indemnización por despido injusto, sobre la cual recae la condena que hoy debe asumir TELMEX COLOMBIA S.A. en virtud de la solidaridad.

Por manera que no cabe duda alguna en el presente litigio, respecto a que la Llamada en garantía si debe responder por las condenas fulminadas en contra de TELMEX COLOMBIA S.A., acorde las condiciones y montos previstos en la póliza, como bien fuere determinado por el fallador de primera instancia.

Corolario de lo hasta aquí manifestado, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

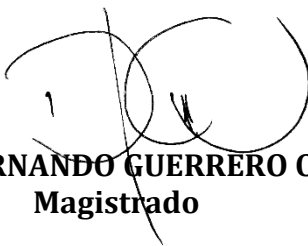
RESUELVE:



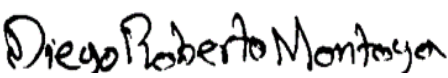
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de septiembre del 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

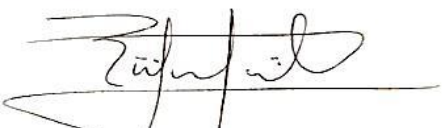
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **10201800569 01**
Demandante: JHEIMY PATRICIA RAMIREZ
Demandados: EDWIN MAURICIO TORRES BOCACHICA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a pronunciarse frente al recurso de apelación presentado por ambas partes en contra de la sentencia proferida el 8 de septiembre del 2020, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora JHEIMY PATRICIA RAMÍREZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de EDWIN MAURICIO TORRES BOCACHICA, a efectos de que se declare que entre las partes existió una relación laboral, la cual se mantuvo del 26 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

enero del 2011 al 2 de marzo del 2016, así como que el contrato finalizó por decisión del promotor debido a la falta de pago.

En consecuencia, peticiona se condene al demandado al pago de las cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, la indemnización por no consignación de las cesantías, la sanción moratoria y la indemnización por terminación del contrato por causas imputables al empleador.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con el señor EDWIN MAURICIO TORRES BOCACHICA, para trabajar en el establecimiento de comercio denominado ALMA COTTON de propiedad del demandado, desempeñando el cargo de control de calidad de oficios varios con un salario de \$1.100.000; relata que se vio obligado a renunciar por cuanto no le fueron pagadas las horas extras, no le concedieron vacaciones, primas semestrales, cesantías ni los intereses; precisando que el demandado en audiencia de conciliación surtida ante el Ministerio de Trabajo el 5 de abril del 2017, aceptó la relación laboral, pero negó adeudar las acreencias laborales al demandante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado en su escrito de contestación aceptó la relación laboral y los extremos laborales, aclarando que el salario del demandante ascendió a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suma de \$900.000; igualmente reconoce que tiene una obligación insoluta con el demandante, pero afirma que jamás la ha negado, por lo que ha acudido ante las diferentes instancias judiciales para llegar a un acuerdo de pago, precisando que la relación laboral finalizó por decisión del demandante, por razones personales.

Propuso como medios exceptivos de mérito los que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción extintiva de los derechos y la consecuente caducidad de la acción, compensación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 8 de septiembre del 2020, declaró que entre las partes existió una relación laboral a término indefinido el cual se extendió del 26 de enero del 2011 al 2 de marzo del 2016, declaró probada la excepción de compensación frente las pretensiones de la demanda mediante las sumas pagadas a través del depósito judicial realizado el 15 de febrero del 2019; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción frente al pago de los intereses de cesantías y la prima de servicios causados con anterioridad al 6 de septiembre del 2015 y en cuanto a las prescripción de las vacaciones se declara de las causadas con antelación al 6 de septiembre del 2014 y declara probada la excepción de inexistencia de la obligación frente al pago de la indemnización por despido injusto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Condenó al demandado únicamente al pago de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías en la suma de \$510.000 y la indemnización moratoria en cuantía igual a \$21.600.000 y a pagar los intereses a la tasa máxima legal establecida a partir del primer día del mes 25 hasta el 15 de febrero del 2019, al pago de los aportes a seguridad social en pensiones y la indexación de las vacaciones.

Como sustento de su decisión, indicó que del análisis de las pruebas allegadas se tiene que el demandado aceptó la relación laboral y los extremos que fueron los señalados en la liquidación definitiva que se hizo para efectos de realizar el depósito judicial a nombre de la demandante, esto es, del 26 de enero de 2011 al 2 de marzo del 2016.

Ahora, en relación a salarios si bien es cierto existe una certificación que fue expedida por la parte demandante y allegada por la parte demandada a este proceso, en la cual se señala que el salario era de \$1.100.000, lo cierto es que la actora en el interrogatorio de parte confesó que ascendía a la suma de \$900.000.

De igual manera, que al establecerse la existencia del contrato se deben solucionar las acreencias laborales adeudadas, así como los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. De otra parte, absolvió de la indemnización por despido indirecto.

Así mismo, no encontró acreditada la buena fe de parte del demandado frente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a la mora en el pago de acreencia laborales, máxime que no es dable trasladar la situación económica a la trabajadora.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación con el fin que se evalúe lo relacionado con la prescripción, en tanto no corresponden los términos referidos en primera instancia; de otra parte, que la certificación laboral es apócrifa, y las condenas no corresponde con los realmente adeudado.

Señala que en uso de las facultades *ultra y extra petita*, se debió acceder a la indemnización por despido indirecto, máxime que por se guardó silencio al interrogarse sobre la existencia de malos tratos; finalmente, que se debió emitir condena por concepto del trabajo en días sábados de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

A su turno, el demandado presenta recurso de apelación en el que en suma indica que no se evacuaron los testimonios que daban cuenta de la buena fe patronal, por lo que los mismo deben ser practicados.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si operó parcialmente el fenómeno jurídico de la prescripción; de igual manera, verificar si fue realizada correctamente la liquidación de las prestaciones por parte del fallador de primera instancia; y finalmente, si hay lugar al pago de la indemnización por despido indirecto, así como el pago del trabajo suplementario. De igual manera si se debe revocar la condena al pago de la indemnización moratoria.

c. De la relación laboral

En el *sub-examine* no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió por el periodo comprendido del 26 de enero del 2011 al 2 de marzo del 2016, a lo largo del cual la demandante devengó un salario igual a \$900.000, por cuanto así lo encontró probado el *a-quo* y no fue objeto de debate en esta instancia.

d. De la indemnización del contrato por su terminación por causa imputable al empleador:

Debate el libelista en su alzada el que no se condenara a la encargada al pago de la indemnización por despido injusto, precisando que si bien la demandante no adujo en la carta de terminación del contrato cual era el motivo por el cual se finalizaba la relación por causas imputables al empleador, tal suceso acaeció por el desconocimiento de la misma, pero según el recurrente podría ser subsanado por las facultades *ultra* y *extra petita* que le asisten al juez de primera instancia.

Frente a este punto se debe recordar que de tiempo atrás se tiene por establecido que cuando quiera que una relación laboral se finalice, por causa o con ocasión a conductas atribuibles al empleador, es deber del trabajador acreditar que tal argumento fue expuesto al momento de dar por terminada la relación laboral, como bien lo sostuvo la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, entre otras en sentencia SL-1628 del 2018, en la que se puede leer:

“Para efecto de imponer esta condena, a más de las consideraciones expresadas en sede de casación, resulta pertinente recordar lo que de antaño ha adocinado esta Corporación en el sentido de que cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, tiene la carga de demostrar, además de la decisión de la renuncia motivada comunicada al empleador al momento de su retiro, los hechos en los cuales edificó su decisión. Ahora, si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde probarlos. Situación diferente acontece cuando el empleador es quien pone fin al vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador únicamente tiene el deber de probar el hecho del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

despido y al empleador las razones o motivos allí señalados (CSJ SL 22, abr, 1993 rad. 5272)."

Carga de la prueba que no puede ser subsumida, a razón de las facultades *ultra y extra petita* que le asisten a los jueces laborales en primera y única instancia, por cuanto tal prerrogativa legal, lo que permite es que el juez dicte condena respecto de derechos que, si bien no han sido objeto de debate, se encuentran plenamente discutidos y acreditados en el proceso, más no bajo el entendimiento que le da el promotor en el recurso de alzada.

Siendo ello así, habida consideración que la promotora en la carta de terminación del vínculo laboral jamás alegó que su renuncia se motivó por el incumplimiento de las obligaciones laborales del demandado, sino que se limitó a motivarla en razones de orden personal, deviene lógico colegir que no le asiste el derecho al pago de la indemnización por despido prevista en el artículo 64 del C.S.T, como de manera acertada lo determinó el fallador de primera instancia.

e. Del pago de las acreencias laborales:

Frente a este puntual aspecto debe recordar la Corporación que las disposiciones normativas de carácter laboral son de orden público y por ende de estricto cumplimiento, conteniendo las mismas derechos mínimos e irrenunciables que no son susceptibles de modificación ni siquiera por acuerdo entre las partes, por manera que cualquier disposición que prevean



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las partes en tal sentir serán ineficaces, como bien lo establece el artículo 43 del C.S.T.

Precisión que debe realizar la Sala en cuanto la defensa de la demandada se fundamentó en que el demandado pactó con la demandante un pago adicional a su salario correspondiente al tema de salud y prestaciones sociales, aseveración que reitera el extremo opositor en su interrogatorio de parte. Así pues, pese a que en efecto la demandante reconociera que eso fue lo establecido o que dieran cuenta de ello los testigos, lo cierto es que tal acuerdo se tornaría ineficaz, pues como bien se explicó, ni siquiera las partes pueden hacer pactos que desconozcan los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, en este caso, el derecho al pago de los aportes a seguridad social en pensiones ante la AFP que escoja el trabajador acorde lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 100 de 1993, ni mucho menos precaver el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, por montos inferiores o en periodos distintos a los previstos en el C.S.T.

De cara a lo indicado no cabe duda alguna en torno a que el demandado en calidad de empleador tenía la obligación de cancelar a la demandante, en calidad de trabajadora, el valor de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en los términos previstos en la ley, conforme se indicó en primera instancia.



Ahora, con el objeto de concretar el monto de dichas acreencias laborales conforme lo solicitó la parte actora en la alzada, resulta indispensable analizar previamente si en efecto el *a-quo* calculó de forma acertada la prescripción.

f. De la prescripción:

En materia laboral los derechos laborales se encuentra sujetos a un término de prescripción trienal, el cual se cuenta desde la fecha de causación y exigibilidad del derecho y es susceptible de interrupción, por una única vez mediante la correspondiente reclamación, acorde lo disponen los artículos 488 y 489 del C.S.T, en concordancia con lo reglado por el artículo 151 del C.P.T y la S.S.

Con todo se destaca, en lo atinente a las vacaciones que el término de prescripción en tratándose de las mismas se cuentan transcurridos 3 años desde su exigibilidad, la cual se ocasiona tras el término de un año para disfrutarlas, por manera que, en este caso particular, no habría alcanzado a operar el fenómeno jurídico de la prescripción sobre las mismas.

Así mismo, respecto a las cesantías se debe recordar que de manera reiterada y pacífica se ha indicado que las mismas comportan una prestación social exigible a la terminación del contrato de trabajo (CSJ SL 34393, CSJ SL 41522, 14 agosto 2012, CSJ SL8936-2015, CSJ SL2967-2018 y SL2885-2019), cuya prescripción se configura desde ese momento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal sentir, como quiera que el vínculo laboral que hoy nos atañe se extendió del 26 de enero del 2011 al 2 de marzo del 2016, sin que exista constancia de que la demandante haya elevado reclamación alguna de forma directa al demandante en torno a los derechos laborales hoy exigido, al quedar radicada la demanda el 6 de septiembre del 2018 (Fl. 15), subyace lógico inferir que operó el fenómeno jurídico de la prescripción en torno a todos aquellos derechos laborales causados con antelación al 6 de septiembre del 2015.

Con excepción de la compensación en dinero de las vacaciones respecto a las cuales, según lo ya indicado, tan solo estarían prescritas las causadas con antelación al 6 de septiembre del 2014 y las cesantías, que al causarse a la finalización de la relación laboral no se podrían ver afectadas por este fenómeno jurídico.

De manera que la Sala concuerda íntegramente con el estudio realizado por la falladora de primera instancia en relación a este punto de la apelación, máxime que en CSJ SL467-2019, sentó:

1. La prescripción de las vacaciones compensadas

Hay que tener de presente que por regla general el término de prescripción de los derechos laborales es de tres años contados desde su exigibilidad, a menos que existan normas especiales que establezcan un lapso prescriptivo distinto.

[...]



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En materia de vacaciones, al no existir regla especial, la prescripción se rige por la regla general de 3 años, contados a partir de la exigibilidad de este derecho.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible. Por ejemplo, frente a un trabajador que ingresa a laborar el 2 de mayo de 2019 y cumple el año de servicios el 1.º de mayo de 2020, el empleador tiene desde el 2 de mayo de 2020 hasta el 1.º de mayo de 2021 para programar la fecha del descanso, si no lo hace, el trabajador puede exigirlas desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 1.º de mayo de 2024.

Paralelamente, ha de enseñar la Sala que la compensación judicial en dinero de las vacaciones no revive periodos vacacionales prescritos, como lo entendió el Tribunal, al ordenar la compensación de todas las vacaciones exigibles en vigencia del contrato de trabajo, sin tener en cuenta el fenómeno extintivo de las obligaciones. En rigor, las únicas exigibles a la terminación del contrato de trabajo son las vacaciones proporcionales (art. 1.º L. 995/2005), pues las causadas y exigibles durante su vigencia prescriben paulatinamente conforme a lo explicado en el párrafo anterior.

De acuerdo con lo expuesto, precisa la Corte que la compensación en dinero de las vacaciones no impide aplicar el fenómeno de la prescripción frente a las vacaciones exigibles en desarrollo del contrato de trabajo, pues según las reglas generales de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los derechos laborales «prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible».

Desde este ángulo, el ataque a la sentencia es acertado, como quiera que el Tribunal al entender que las vacaciones compensadas son exigibles a la terminación del contrato y, por tanto, susceptibles de ser reclamadas

dentro de los tres años siguientes, se abstuvo de aplicar la prescripción de las vacaciones exigibles en desarrollo del nexo laboral.

g. Del valor de las acreencias laborales adeudadas:

Determinado lo anterior, resta por establecer si el calculo de la liquidación realizada por la falladora de primera instancia en torno a las prestaciones sociales y las vacaciones reclamadas, se encuentran ajustadas a derecho, par lo cual se tendrá en cuenta como valor del salario la suma de \$900.000, en tanto se *itera* este punto no fue debatido en la instancia.

Así mismo, se tendrá en cuenta como bien lo hizo el *a-quo*, no siendo este un punto de inconformidad de parte de los recurrentes que el 15 de febrero del 2019, el demandado realizó un pago mediante depósito judicial por valor de \$5.996.953 por concepto de liquidación definitiva de prestaciones sociales (Fl 35).

De esta forma encuentra la Sala lo siguiente:

- 1- Cesantías, previstas en el artículo 249 del C.S.T, en cuantía igual a 30 días de salario por cada año laborado y que como bien se indicó no se encuentran prescritas, las que para el caso en particular serían:

Año	Monto
2011 (335 días)	\$837.500



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2012	\$900.000
2013	\$900.000
2014	\$900.000
2015	\$900.000
2016 (62)	\$155.000
Total	\$4.592.000
Valor consignado	\$1.730.000
Saldo	\$2.862.500

- 2- Intereses de Cesantías, previstos en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, corresponden al 12% sobre los intereses de las cesantías y para el caso puntual serían:

Año	Monto
2015 (114)	\$34.200
2016 (62)	\$3.200
Total	\$37.403
Valor consignado	\$ 171.953
Saldo a favor del demandado	\$134.550

En este punto se precisa que el fallador de primera instancia estimó el valor de los intereses a la cesantía en cuantía de \$35.353.33 y el saldo a favor del empleador por valor de \$136.599,67. Con todo, incluso desde esta óptica tendríamos que el empleador ya canceló el valor adeudado a la demandante, por concepto de intereses a las cesantías, por tanto, no

habría lugar a fulminar condena por este punto.

- 3- En torno a la prima de servicios, prevista en el artículo 306 del C.S.T y que igualmente corresponde a 30 días de salario al año, pagaderos 15 días en junio y 15 días en el mes de diciembre, encontramos:

Año	Monto
2015 (114)	\$285.000
2016 (62)	\$155.000
Total	\$377.500
Valor consignado	\$ 1.730.000
Saldo a favor del demandado	\$1.587.950

Frente a este punto, también evidencia la Sala que la falladora de primera instancia determinó que el monto de la prima de servicios para el año 2015, ascendía a la suma de \$450.000, lo que al final dio lugar a establecer el valor de la prima de servicios a favor del actor por una suma superior, sin embargo, en virtud del principio de *no reformatio in pejus*, se mantendrá incólume el monto establecido en primera instancia.

- 4- En lo tocante a las vacaciones, que comportan el pago de 15 días de salario por cada año laborado, según lo establece el artículo 189 del C.S.T, tenemos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Año	Monto
2014 (114)	\$142.500
2015	\$450.000
2016 (62)	\$ 77.500
Total	\$670.000
Valor consignado	\$ 865.000
Saldo a favor del demandado	\$195.000

Respecto a este tópico, igualmente la falladora de primera instancia estimó el monto de las vacaciones en cuantía de \$671,250, de manera que al igual que sucedió con el punto anterior, a razón del principio de *no reformatio in pejus* se dejará el valor fijado en primera instancia.

De cara a lo indicado, se tiene que, de los cálculos aritméticos de rigor, se corrobora que el único monto que no fue satisfecho en su totalidad por el extremo pasivo, mediante el título de depósito judicial, sería el de las cesantías por existir un saldo a favor del trabajador en cuantía de \$2.862.500.

No obstante, avizora el Despacho que dentro de la liquidación que sirvió de base para la consignación del título, se canceló además \$1.500.000 por indemnización, a la que como bien se indicó no hay lugar y adicionalmente de las liquidaciones previamente presentadas se desprende que existe un monto a favor del demandado que sumada a la ya descrita, supera el valor adeudado a la demandante por concepto de cesantías, luego, se arriba a la misma conclusión de la falladora de primera instancia al determinar que no hay lugar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a fulminar condena alguna por concepto de prestaciones sociales, ni compensación en dinero de las vacaciones.

h. Trabajo suplementario:

Alega la promotora del juicio en la apelación que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los días laborados durante los sábados, frente a este puntual aspecto basta indicar que dentro de las pretensiones de la demanda, no existe ninguna que se encuentre encaminada al pago de dicho emolumento, por manera que es un tema que se escapa del objeto del debate en esta instancia y que ni siquiera podría ser analizado *ultra y extra petita*, por cuanto dicha prerrogativa, fue concedida por el legislador, exclusivamente a los jueces de primera y única instancia.

Destacando que aún si en gracia de discusión se analizara tal punto, para ello se requería tener plenamente acreditado en el plenario, los días y horas exactamente laborados durante los sábados, que estimara la parte actora constituían trabajo suplementario, carga probatoria con la que no se cumple a la luz de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y la S.S, lo que igualmente redundaría en la absolución de la encartada frente a este aspecto.

Bajo estos presupuestos, no cabe duda alguna para la Sala que ninguno de los argumentos planteados por los recurrentes tiene la vocación de quebrar la

sentencia apelada, por manera que resulta imperiosa la confirmación de la misma.

i. Indemnización moratoria y sanción por la no consignación del auxilio de cesantías:

En lo que respecta de forma puntual al recurso presentado por la parte demandada, en torno a la limitación de los testimonios, los cuales se petitiona se procedan a decretar en esta instancia, que tal pedimento no puede ser atendido por no ser la oportunidad procesal correspondiente y no cumplir con los presupuestos exigidos en el artículo 83 del C.P.T y la S.S, por cuanto si bien fueron solicitados dichos testimonios como prueba en la oportunidad correspondiente y se decretó su práctica, el juez se abstuvo de evacuarlos por cuanto los limitó acorde lo dispuesto en el artículo 212 del C.G.P., frente a lo cual no se interpuso recurso alguno, y por ende tal decisión cobró firmeza.

En ese orden de ideas, no es dable revocar las condenas con base en lo hubiesen declarado los testimonios limitados en primera instancia.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

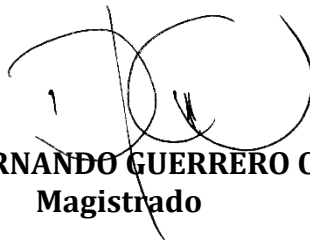
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

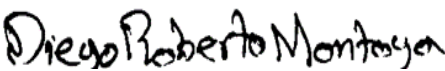
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 8 de septiembre del 2020, atendiendo a los argumentos que fueren expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

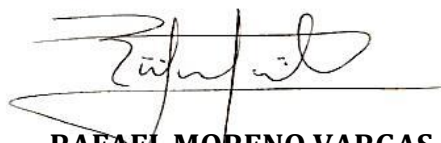
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 32 2020 00164 01
Demandante: ANA LUCIA GIRALDO GRAJALES
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Porvenir S.A.*, la abogada *Johana Alexandra Duarte Herrera*, identificada con C.C No 53.077.146 y T.P No 184.941.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANA LUCIA GIRALDO GRAJALES, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, a PORVENIR S.A. efectuado el día 1º de septiembre de 1994.

En consecuencia, pretende se ordene a la AFP PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentra en su cuenta de ahorro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

individual, junto con los gastos de administración, rendimientos financieros y bonos pensionales. A su vez, que se ordene a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen que se consumó por medio del fondo privado y a recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, solicita que se condene a las demandadas a lo que resulte probado *extra y ultra petita*, junto con las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació el día 5 de marzo de 1965. Afirma que el día 1º de septiembre de 1994 encontrándose cotizando como dependiente, se trasladó del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a la AFP PORVENIR S.A., sin embargo, su aparente decisión libre y voluntaria de cambiarse de régimen pensional, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado, puesto que no se brindó ninguna información sobre las ventajas y desventajas que conllevaba su decisión. Igualmente, que la AFP no le indicó antes del 5 de marzo de 2012 sobre su imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

Menciona que cotizó al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES un total de 70.43 semanas y que a la AFP desde el 1º de septiembre de 1994, fecha del traslado, hasta el 30 de septiembre de 2018 cotizó 1244 semanas, para esa data contaba en total de 1314 semanas aportadas en los dos regímenes. Finalmente, Informa que el 10 de marzo de 2020 elevó petición ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, solicitando el traslado desde el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES, al dar contestación al escrito de la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, indica que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de Ley 797 del 2003, por tanto no se puede acceder a su solicitud, ya que esa situación contravendría disposiciones de carácter



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

legal e iría en contra del principio constitucional de sostenibilidad financiera, acarreando una descapitalización del fondo común.

Adicionalmente, afirma que la señora ANA LUCIA GIRALDO GRAJALES se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen; que de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Expone que la actora fue negligente con respecto a consultar su situación pensional, por lo tanto, conociendo sus obligaciones como consumidora financiera y dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, se presentó un error de derecho el cual no vicia el consentimiento, así, la afiliación de la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es totalmente válida. Finalmente, menciona que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe de COLPENSIONES; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A., en su escrito de contestación se opone a las pretensiones indicando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia del acto jurídico de traslado, por el contrario, la actora suscribió el formulario de manera libre, voluntaria, espontánea, completamente informada, del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de algún asesor del fondo privado o de terceros; que la accionante recibió una asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para efectuar el cambio de régimen. Aunado a ello, la AFP cumplió con el deber de información que le era exigible para el año 1994, fecha del traslado, de conformidad al artículo 07 del Decreto 663 de 1993, por tanto, su vinculación goza de validez.

Adicionalmente, informó que sus asesores siempre dan a conocer a los posibles afiliados del régimen de transición que el monto de su pensión dependerá del capital aportado en la cuenta de ahorro individual; que pueden realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales; bono pensional; beneficios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes Por otro lado, arguye que no se aportó prueba alguna que acredite un vicio en el consentimiento.

Propuso y sustentó las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en providencia proferida el 05 de noviembre del 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ANA LUCIA GIRALDO GRAJALES a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En consecuencia, condenó a la AFP a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. A su vez, ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado. Declaró no probadas las excepciones formuladas por las accionadas, condenó en costas y agencias en derecho a la AFP.

Para arribar a dicha conclusión adujo que conforme a los postulados esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencias con radicaciones 31989 del 09 de septiembre 2008, 33314 del mismo año, 33093 del 22 de noviembre del 2011, SL17595 del 2017, SL19447 del 2017 o la SL1452 del 2019, verificadas las pruebas allegadas al proceso no se acreditó por parte de PORVENIR S.A. que se cumplió con el deber de información, suministrándole a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante la información clara y suficiente, sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales y las diferencias entre ellos.

Además, menciona que para que el traslado efectuado por la actora se tenga por eficaz se debe haber suministrado la información en los términos que ha señalado jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, lo cual no se verifica en el proceso y en el interrogatorio de parte de la demandante no confiesa nada acerca de que se hubiera cumplido con este deber por parte de fondo privado, por el contrario la accionante reitera lo señalado en su escrito de la demanda.

Por otro lado, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, consideró que al trasladarse la totalidad de los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos, no se estaría causando detrimento alguno a COLPENSIONES, aunado a que en lo referente a la inoponibilidad al acto jurídico que se celebró entre terceros frente a COLPENSIONES, lo cierto es que la afiliación al Sistema General de Pensiones es un derecho de carácter constitucional y declarada la ineficacia del traslado, la consecuencia es que la demandante retorne al Régimen de Prima Media.

Frente a la excepción de prescripción señalo que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, situaciones como las que se estudió, son de carácter imprescriptible, tal como lo referenció la sentencia SL1421-2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

COLPENSIONES mediante recurso de alzada manifestó que la demandante efectivamente efectuó un traslado en el año 1994 a la AFP PORVENIR S.A., razón por la cual no es procedente que se declare la nulidad del traslado, ya que de las pruebas arrojadas al proceso se evidencia que la actora se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al suscribir de manera voluntaria, consciente el formulario de afiliación.

Indicó que a la fecha de la reclamación ante COLPENSIONES contaba con 55 años de edad, es decir que le faltaban dos años para acceder a una pensión de vejez, conforme a la Ley 797 del 2003 no acredita los requisitos exigidos en la norma para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que proceda el traslado del régimen. Aunado a que también se efectuó varios traslados al Régimen de Ahorro Individual, así la demandante tenía conocimiento del funcionamiento de este régimen. Adicionalmente, que la actora nunca manifestó su interés de querer retornar a COLPENSIONES.

Por otro lado, atendiendo a lo ordenado por la Corte Constitucional por medio de la sentencia SU-130 de 2013, la actora al 1º de abril de 1994 solo tenía 29 años de edad y no contaba con las 750 semanas, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición, no es dable que pueda retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier momento y no era posible realizar una proyección pensional.

A su turno PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación, alega que cumplió a cabalidad con el deber de información que le asistía acorde con la época en que se realizó el traslado, proporcionándole elementos suficientes, claros y necesarios para que ella tomara una decisión libre, voluntaria e informada y finalmente decidiera suscribir los respectivos formularios, que al mismo tiempo cumplieran con lo establecido por la Superintendencia Bancaria, por ello se deben considerar como una prueba fehaciente de la voluntad y de la información que le fue proporcionada.

Asimismo, expuso que la demandante manifestó que su afiliación fue voluntaria, por lo que no posible alegar algún vicio en el consentimiento que logre invalidar el acto. Además, a la actora también le asistía un deber de informarse de manera diligente y oportuna acerca del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no obstante, actuó de manera negligente, solamente esperó estar inmersa en la prohibición del traslado entre regímenes para solicitar su retorno a COLPENSIONES.

De igual forma, indicó que no es procedente que se ordene la devolución de los gastos de administración, toda vez que estas sumas fueron descontadas conforme lo autorizara el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tampoco es dable la devolución de los seguros previsionales que fueron pagados a aseguradoras que ya prestaron sus servicios durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada.

Respecto a la prescripción, expresó que se debe dar aplicación a lo establecido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., toda vez que se reclama los actos de afiliación que la accionante suscribió en el año 1994 y en el año 2002, actos

que ya se encuentran prescritos, entender lo contrario implica una vulneración al principio de seguridad jurídica que le asiste a PORVENIR S.A.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron por PORVENIR S.A., distintos formularios de afiliación suscritos por la demandante, el primero del día 31 de agosto de 1994 ante HORIZONTE S.A., con posterioridad formulario de afiliación del día 6 de septiembre de 1995 ante INVERTIR S.A., y finalmente solicitud de traslado de fecha 19 de abril del 2002 ante PORVENIR S.A. (Fls. 82 a 84), el primero de los cuales implicó un cambio de régimen pensional, y si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Además, en cuanto al comunicado de prensa allegado por PORVENIR S.A. (Fls. 86-88), este no supe el deber de información que se le endilga a la AFP, máxime cuando el mismo solo refiere la posibilidad de traslado, más no al tema que nos ocupa que es el deber de información suficiente, veraz y oportuno brindado a la accionante, con mayor razón cuando tal documental se expidió una década posterior del cambio inicial.

Ahora bien, en el interrogatorio de parte rendido por la señora ANA LUCIA GIRALDO GRAJALES manifestó que su afiliación ocurrió en el año 1994, en ese momento residía en la ciudad de Chinchiná, lugar en el que la visitó una asesora comercial, y le informó que la mejor decisión era trasladarse a un fondo privado ya que con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES podría perder lo ahorrado, aunado a ello que en la AFP se podría pensionar anticipadamente y con una mesada mayor, sin embargo,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no se le informaron cifras ni edad. No se le explicó las diferencias entre los regímenes o los requisitos para acceder a una pensión.

Informa que recibe de forma electrónica los extractos de su cuenta de ahorro individual, pero no la entiende; que no tenía conocimiento que podía realizar aportes a pensiones de forma voluntaria y nunca los ha realizado.

Nótese entonces que la demandante en su interrogatorio de parte no confesó que se hubiere cumplido con el deber de información por parte de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ni la restante documental da fe de ello, por tanto, la accionada no cumplió con su carga probatoria, lo cual implica declarar la ineficacia de la afiliación, tal como de forma acertada lo realizó el juez de instancia.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., respecto a la devolución de saldos incluidos los gastos de administración, comisiones y prima de aseguradoras, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Por otro lado, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anteriormente expuesto, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad financiera en el fallo de primera instancia, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales suplen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, cabe recordar que, de conformidad a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, el estudio del cambio de régimen debe realizarse desde la institución de la ineficacia contemplada en el Artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Así lo sostuvo el máximo órgano de cierre en sentencia SL1688-2019 reiterada por la STL 8710 rad. 60836, indicando que:

“La reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Luego resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada”

Finalmente, en cuanto a la prescripción, tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción.”*

De esa forma, la declaratoria de ineficacia de traslado se puede solicitar en cualquier momento y además es independiente del término establecido en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, en cuanto no se busca realizar un traslado entre regímenes, sino la ineficacia de un traslado efectuado con anterioridad, por tanto, resulta no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

probada la excepción de prescripción formulada, inclusive sobre los actos de afiliación como lo alega PORVENIR S.A., pues es en ese momento cuando se incumplió con la obligación por parte de la AFP, lógico resulta que no se vean afectados por dicho fenómeno.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

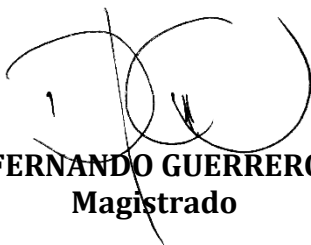
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 04 2019 00897 01
Demandante: ENRIQUE CALVO PÁRAMO
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Ceibolt Julieth Acuña Mayordomo*, identificada con cédula de ciudadanía 1.023.916.764 y T.P. 272.291 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

De otra parte, Porvenir S.A allega poder de sustitución, conforme al cual se le reconoce personería adjetiva para actuar al profesional del derecho *Johana Alexandra Duarte Herrera*, identificada con C.C No 53.077.146 y T.P No 184.941.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, como quiera que las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ENRIQUE CALVO PÁRAMO, formuló demanda Ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad efectuada ante PORVENIR S.A. en el año de 1999 ante la falta de información del fondo pensional.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. que traslade los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de Ahorro Individual, ordenando a su vez a COLPENSIONES recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 26 de agosto de 1955, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 1989 y el 1º de agosto de 1999.

Que en el año de 1999 se encontraba laborando en la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, siendo visitado por un asesor de la AFP demandada, quien le informó que si se trasladaba de régimen pensional mejoraría sus condiciones pensionales, de ahí que haya firmada el formulario de afiliación con el pleno conocimiento que su mesada pensional sería más beneficiosa a la que adquiriría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que a pesar de lo anterior, no recibió de PORVENIR S.A. una información adecuada respecto de las diferencias entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como las ventajas y desventajas de los mismos, ni se le realizó una presentación formal de los riesgos del traslado ni la forma en que se impactaría el valor de la mesada pensiona.

Por último, argumentó que elevó solicitud de traslado ante las demandadas, sin obtener respuesta favorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no demostrarse dentro del proceso la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, adicional a que se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, e innominada o genérica.

Asimismo, PORVENIR S.A. contestó la demanda, resaltando que al actor se le brindó la información suficiente para que pudiera optar por el derecho de trasladarse de régimen pensional. Concluida la asesoría, el demandante decidió trasladarse, donde se le informó entre otras cosas, sobre el régimen de transición pensional, que el motivo de su pensión dependería del capital

aportado en su cuenta individual, que podía realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta, entre otras circunstancias.

Propuso las excepciones denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 21 de enero de 2021, declaró la nulidad de la afiliación que hiciera el demandante al RAIS a través de PORVENIR S.A., y así tenerlo como válido en COLPENSIONES.

Ello conllevó a que le ordenara a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los respectivos rendimientos incluidos los gastos de administración. Debidamente indexados.

Para arribar a dicha conclusión, expuso que de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas como así lo dispone normativo, aspecto que no fue demostrado por la AFP encartada, máxime si es sobre esta última que recae la carga probatoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES inconforme con la decisión la apeló. Adujo que le corresponde al demandante probar los hechos que son de su incumbencia, máxime si se tiene en cuenta que, atendiendo el interrogatorio de parte practicado por éste, no se evidencia algún vicio del consentimiento pues de acuerdo a lo manifestado se evidenció que no leyó el formulario de afiliación, y lo suscribió de manera libre y voluntaria.

Que el actor al momento de la afiliación no efectuó preguntas relacionadas sobre las implicaciones que traería el traslado de régimen pensional.

PORVENIR S.A. refirió en su alzada que del caudal probatorio no obra prueba que demuestre la generación de algún vicio del consentimiento para el caso en concreto, más aún si en el formulario suscrito por el demandante reposan sus datos personales, lo que da cuenta que la información se suministró de manera voluntaria, situación que se acompasa con el interrogatorio practicado al actor que da cuenta que suscribió el formulario sin coacción, así como que no existe ninguna intención dolosa por el cambio del régimen.

Asimismo, adujo que para la fecha en que se realizó el traslado del actor, no existía un requisito adicional al de la suscripción del formulario de afiliación a la luz de lo regulado en los artículos 11 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Que no es procedente la condena por concepto de gastos de administración, toda vez que no existe ninguna mención clara dentro del fallo emitido por el *a-quo* sobre cuál es la razón por la que se le condena a tal devolución, máxime si en el petitum de la demanda no se están solicitando y no se expuso que las condenas debían analizarse de manera *ultra y extra petita*.

Puntualizó que los gastos de administración se descuentan porque así lo ha regulado la Ley 100 de 1993, de ahí que produzcan unos rendimientos financieros que al día de hoy mejoran la expectativa pensional, y que cubren también las contingencias de invalidez, vejez y muerte, por lo que de ordenarse devolver generarían un enriquecimiento sin causa.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 27 de julio de 1999 a la AFP PORVENIR S.A. (Fl. 176), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte del funcionario de la época, de lo que se colige que atendiendo la exposición del *a-quo*, no se puede obtener una afirmación de que al actor se le hubiesen suministrado las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como lo aduce la AFP en el recurso de alzada.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*

pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Asimismo, PORVENIR S.A. expuso que el *a-quo* no tuvo en cuenta que en el *petitum* no se solicitó que se fallara de manera *ultra y extra petita*. Lo cual no es de recibo, pues tales facultades se encuentran contempladas en el C.P.T. y de la S.S., por lo que al ser potestativo tal facultad por el fallador de instancia, es palmario que haya deducido que en el asunto también se envuelve lo atinente a la devolución de los gastos de administración.

Por último, se deja de presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado mas no la nulidad, por lo que, atendiendo los postulados jurisprudenciales ya referenciados, la decisión de primer grado se modificará parcialmente en este puntual aspecto. Así se decidirá.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

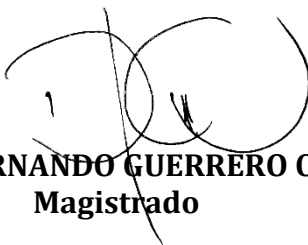
PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar ineficaz la afiliación efectuada por el demandante señor ENRIQUE CALVO PÁRAMO ante PORVENIR S.A. el 27 de julio de 1999, al tenor de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de



1993, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

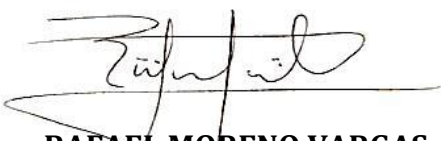
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
 Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
 Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
 Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 17 2019 00350 01
Demandante: ELIZABETH ARENAS GRANADOS
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá-

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora ELIZABETH ARENAS GRANADOS, formuló demanda Ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para que se declare que la AFP incumplió con su deber legal de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, de ahí que la afiliación deba anularse.

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. a registrar en su sistema de información que su afiliación es nula, así como que traslade con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.

Asimismo, que se le condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en pensión, y a recibir la totalidad de las contingencias a que a que hubiere lugar y lo que se falle de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 20 de agosto de 1963, iniciando sus aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación a través del ISS desde el 1º de febrero de 1995, trasladándose a PORVENIR S.A. el 20 de agosto de 1998 cuando tenía 35 años de edad.

Manifiesta que su traslado a PORVENIR S.A. se dio cuando al momento de posesionarse en el cargo de Médico General le suministraron un formulario de vinculación, sin que tuviese contacto con personal de la AFP, por lo que no se desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se omitió brindarle información completa sobre los efectos, consecuencias y características de ambos regímenes, y no se le informó la probabilidad pensional de ambos regímenes.

Que no se le realizó una proyección pensional del valor de una indemnización sustitutiva o devolución de saldos a la que tendría derecho en caso de no ostentar su estatus pensional, entre otros factores envueltos en una indebida información.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, máxime si se tiene en cuenta que el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad y tener derecho a la pensión de vejez.

Propuso las excepciones denominadas error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. por su parte, mencionó en su contestación que la actora se afilió válidamente ante sus dependencias en el año de 1998 de manera libre, espontánea y sin presiones, después de haber sido plenamente informada de las implicaciones de su decisión, de las condiciones de operación y funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según sus circunstancias pensionales individuales, conforme se dejó constancia en el formulario de afiliación, mediante el cual se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el Parágrafo del artículo 54 A del C.P.T y de la S.S.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la denominada genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de diciembre de 2020, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas, declarando además que el traslado efectuado por la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. fue ineficaz, de ahí que se encuentre válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, condenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que conformen la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, junto con los intereses y rendimientos sin autorizar a la AFP efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos con su propio patrimonio.

Asimismo, ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que le efectúe PORVENIR S.A. a la demandante, y convalidarlos en la historia laboral para efectos de la sumatoria de semanas a que haya lugar.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que, de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas como así lo dispone el precepto normativo, aspecto que no fue demostrado por la AFP encartada.

Que si bien el sustento de las pretensiones de la demandante corresponden a deprecar la nulidad de la afiliación, lo que se constituye es una ineficacia conforme lo regula la Ley 100 de 1993.

Por último, condenó en costas a ambas demandas por valor de \$900.000 para cada una de ellas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES apeló la decisión. Expuso que si bien la demandante manifestó en su interrogatorio de parte que no tuvo un acercamiento directo con funcionarios de PORVENIR S.A., indicó que se le suministró una información por funcionarios de la entidad donde se encontraba laborando, particularmente de la Oficina de Talento Humano.

Que en caso de que se declare la ineficacia del traslado en esta instancia, resulta improcedente la condena en costas procesales como quiera que no fue de su responsabilidad la afiliación que se le efectuara a la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

PORVENIR S.A. por su parte, expuso en su alzada que además del formulario de afiliación la Ley en su momento no exigía prueba adicional que demostrara una debida información, sumado al hecho que la demandante estuvo afiliada ante sus dependencias por veintidós años, y tan solo fue hasta el año de 2018 que encontró inconformidad, anualidad en la que ya se encontraba inmersa en la prohibición legal para trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que en lo que respecta a la devolución de rendimientos y gastos de administración, no es procedente tal devolución, por cuanto no se deben restar contingencias diferentes a las reguladas en la Ley 100 de 1993, y en caso de devolverse esos valores se presentaría un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone

el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 20 de agosto de 1998 a la AFP PORVENIR S.A. (Fl. 160), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como lo aduce la AFP en el recurso de alzada.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, COLPENSIONES alega que resulta improcedente la condena en costas como quiera que en nada fue partícipe del traslado de la demandante, pese a ello el criterio a efectos de imponer la condena en costas resulta ser objetivo en los términos regulados en el C.G.P., máxime que se COLPENSIONES se opuso a las pretensiones demandatorias, siendo vencida en juicio.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

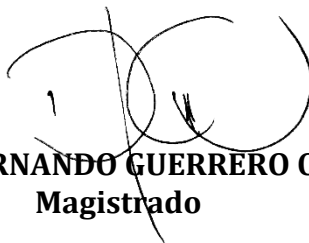
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

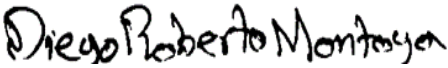
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

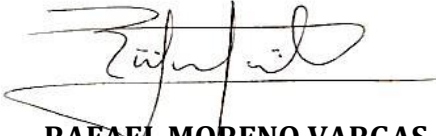
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **11 2019 00291 01**
Demandante: CLOSVINDA MARÍA AUZAQUE FUQUEN
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Sonia Lorena Riveros Vales*, identificada con cédula de ciudadanía 1.105.681.100, y T.P. 255.514 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones decididas en primera instancia fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLOSVINDA MARÍA AUZAQUE FÚQUEN, formuló demanda Ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que

se declare la nulidad del traslado efectuado ante la AFP el día 28 de diciembre de 1995, por cuanto en la etapa contractual, no se le brindó una información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre uno y otro sistema de pensiones.

Por consiguiente, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerla entre sus afiliados, al pago de las demandas respecto de las costas procesales, y lo que resulte fallado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que se trasladó de la Caja del Departamento de Boyacá a la AFP en su caso administrado por PORVENIR S.A. el día 28 de diciembre de 1995, sin que el asesor le hubiese brindado una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas que se otorgaban tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional.

Que nació el 13 de julio de 1961 y cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2018, sumado al hecho que, efectuadas las simulaciones entre ambos regímenes, le resulta más favorable una pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que como se advierte del plenario, en la etapa precontractual a la demandante se le brindó información veraz, completa y oportuna tanto de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema pensional, de ahí que no se evidencia que a la actora se le haya hecho incurrir en algún error al momento de suscribir el formulario de afiliación.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden Público, e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. expuso en su alzada, que siempre le brindó información a la demandante de manera clara, precisa y suficiente, para que la decisión estuviera exenta de todo vicio de conformidad con las disposiciones contenidas en el Código Civil, ya que no se presenta error, fuerza o dolo, por lo que se entiende que el actuar de la afiliación ha sido lícita.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la denominada genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de julio de 2020 declaró la ineficacia de la afiliación de la actora ante PORVENIR S.A. suscrita en el año de 1995.

Por tal razón, condenó a la AFP trasladar a COLPENSIONES todos los valores o haberes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con rendimientos causados en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ordenando a su vez a COLPENSIONES admitir el traslado con las respectivas contingencias.

Para arribar a dicha conclusión, expuso que, de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas como así lo dispone el precepto normativo, aspecto que no fue demostrado por la AFP encartada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. apeló la decisión. Indicó que, existió por la demandante una negligencia en el tiempo al dejar la suerte de su derecho pensional ante las AFP y pretender con posterioridad la iniciación de un proceso como el que aquí nos ocupa.

Que la información suministrada a la actora al momento de su traslado, fue completa, clara y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, de ahí que se haya cumplido con todo el precepto legal del entonces, sumado a que para el año de 1995 en que la actora se trasladó, el único requisito legal que se exigía era la suscripción del formulario de afiliación, adicional a que para el momento del traslado resultaba imposible efectuar una proyección pensional de qué régimen pensional le era más benéfico en tanto a la accionante le faltaban más de veinte años para adquirir su estatus pensional.

Por último, resaltó que al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación, era una persona jurídicamente capaz, por lo que el acto realizado es totalmente lícito. En cuanto a los gastos de administración, sostuvo que de conformidad con lo regulado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no formar parte integral de la pensión de vejez, y por tanto gozan de prescriptibilidad, por lo que no es procedente la devolución de esta figura.

COLPENSIONES por su parte refirió en la alzada, que la decisión adoptada por el *a-quo* afecta el principio de sostenibilidad financiera de las personas que venían aportando al sistema, toda vez que este principio se garantiza en la medida que el sistema general de pensiones recibe y mantiene a través de medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes una mayor cantidad de pensiones y obtener un ahorro para satisfacer las necesidades de sus administrados.

Que en el evento de que se declare la nulidad, solicita que se considere la realización de un cálculo actuarial a cargo del fondo responsable del vicio o a cargo de la parte demandante para soslayar la descapitalización del Sistema.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser

persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 28 de diciembre de 1995 a la AFP PORVENIR S.A. (Fl. 129), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información, adicional a que la Representante Legal de PORVENIR S.A. manifestó no constarle si para la época del traslado de la actora, además

de la suscripción del formulario de afiliación existió una asesoría profunda sobre los aspectos diferenciales entre uno y otro fondo pensional, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como lo aduce la AFP en el recurso de alzada.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual además se predica en igual sentido respecto de los gastos de administración.

Por último, se deja presente que COLPENSIONES solicita en su alzada la realización de un cálculo actuarial a cargo de PORVENIR S.A. o de la parte demandante, tópico que resulta improcedente, en razón a que lo declarado en el presente asunto es la ineficacia del traslado, en los términos de la Ley 100 de 1993 es de su obligación realizar todas las gestiones tendientes a efectos de que la actora sea plenamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



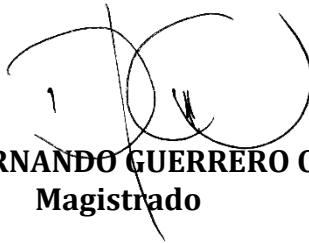
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

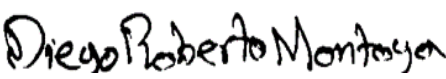
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

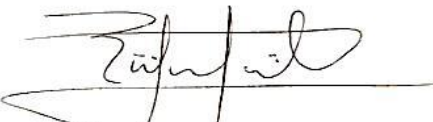
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 36 2018 00450 01
Demandante: MARGARITA ROMERO PÉREZ
Demandado: PORVENIR S.A. Y ÁLVARO MACÍAS PÉREZ
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Porvenir S.A.*, al abogado Felipe Alfonso Diaz Guzmán, identificado con cédula de ciudadanía 79.324.734 y T.P. 63.085 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación elevado por PORVENIR S.A. respecto de la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

La señora MARGARITA ROMERO PÉREZ instauró demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A. a fin que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de la causante VIVIANA MACÍAS ROMERO, en calidad de madre dependiente económicamente; en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a su reconocimiento y pago debidamente indexado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que la causante VIVIANA MACÍAS ROMERO se encontraba afiliada a PORVENIR S.A., cotizando más de 50 semanas en los tres años anteriores al deceso; refiere que el 1º de junio de 2017 radicó solicitud de reconocimiento pensional, la cual fue denegada el 18 de julio de 2017 aduciendo que no dependía económicamente de la causante; que mediante derecho de petición del 15 de agosto de 2017 reiteró la solicitud de reconocimiento, aportando los medios de convicción que daban cuenta de la dependencia económica, frente a lo cual el 18 de septiembre de 2017 la AFP negó nuevamente el derecho aduciendo no haber estado afiliada como beneficiaria de la causante al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Finalmente, que padece de patologías que le impiden valerse su propio sustento, por lo que dependía económica de su hija.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. operó la *litis contestatio* señalando que la accionante no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en tanto no acredita el cumplimiento de los requisitos legales, específicamente la convivencia con el causante, esto es, dentro de los cinco (5) años anteriores al deceso.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

En auto del 22 de octubre de 2020, en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., al comparecer a la misma el señor ÁLVARO MACÍAS PÉREZ, padre de la actora, se dispuso su vinculación, quien manifestó no depender económicamente de la causante para la fecha del deceso.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 20 de octubre de 2020 condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a la señora MARGARITA ROMERO PÉREZ, la pensión de sobrevivientes por el deceso de su hija, VIVIANA MACÍAS ROMERO, a partir del 13 de julio de 2016, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la parte demandada.

Para tal efecto adujo inicialmente que no existía discusión en cuanto al cumplimiento del requisito de densidad de semanas por parte de la causante, esto es, 50 semanas en los tres (3) años anteriores al fallecimiento acaecido el 12 de julio de 2016; de otra parte, que la normativa aplicable es la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, siendo beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los padres de la causante si dependían económicamente.

Estimó que al plenario se aportó el Registro Civil de Nacimiento que acredita el parentesco, así como la declaración extrajuicio de la señora ESPERANZA GÓMEZ MACÍAS, respecto de la cual no se solicitó su ratificación, quien da cuenta de la dependencia económica, así como la declaración extrajuicio de la señora ALBA YANELY PÉREZ GONZALEZ, quien además compareció al proceso en calidad de testigo, refiriendo igualmente constarle la dependencia económica; de igual manera que la accionante padece de una patología y se aportaron declaraciones de los otros hijos de la actora, que permiten establecer que no le brindaban apoyo económico.

De tal manera que estimó acreditado el requisito de la dependencia económica, máxime que no se aportaron pruebas documentales que den cuenta de lo contrario, y si bien en los dos últimos años de vida de la causante no ostentaba

un trabajo, obedeció a que padecía una enfermedad terminal, y si bien recibieron alguna colaboración en ese término, dicha circunstancia no desvirtúa la dependencia económica, máxime que durante algún tiempo se refirió que dependieron de sus ahorros o del pago de auxilios derivados de la patología.

Por otra parte señala que no operó el fenómeno prescriptivo y que no se acreditaron las restantes excepciones de mérito formuladas por pasiva.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

PORVENIR S.A. formuló recurso de apelación, señalando que se debe acreditar la dependencia económica indispensable para garantizar el mínimo vital de los progenitores, no obstante, no existían aportes de la causante a la demandante, lo cual se corroboró con la confesión de la demandante, quien señaló que para la fecha del deceso llevaba uno o dos años sin laborar y sin tener ingresos, por lo cual no era factible estimar la dependencia económica, sino que eran los tíos paternos de la causante quienes brindaban la ayuda económica.

De igual manera, se acreditó que la accionante tiene otro hijo quien solventa los gastos de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si a la señora MARGARITA ROMEROPÉREZ le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de su hija VIVIANA MACÍAS ROMERO.

b. Del caso en concreto:

Se debe acotar inicialmente que se acreditó en el plenario que la causante VIVIANA MACÍAS ROMERO falleció el 12 de julio de 2016, aportándose el Registro Civil de Defunción (Fl. 19); de igual manera no existe discusión en cuanto al cumplimiento del requisito de densidad de semanas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, esto es, cincuenta (50) semanas en los tres años anteriores a la fecha del deceso, máxime que con el expediente administrativo se aportó copia del resumen de semanas respectivo (Fl. 74 a 76 del expediente administrativo).

Ahora bien, teniendo en cuenta la fecha del deceso, la normativa aplicable con la que se debe dirimir el derecho a la pensión de sobreviviente es la vigente para tal data, en este caso, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Ahora bien, conforme el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se tiene que son beneficiarios de la pensión *“A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este”,* parentesco que debe ser acreditado con el Registro Civil de Nacimiento, el cual obra a folio 20 del expediente, corroborándose que la demandante es la progenitora de la causante.

Ahora bien, frente a los beneficiarios de la pensión, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 6390 del 2016, Radicación No. 48064, señaló:

*“[...]De acuerdo con el literal e) de los arts. 47 y 74 de la L. 100/1993, los padres del causante son beneficiarios **siempre que no exista «cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho»**. Vale decir, cuando, a pesar de existir cónyuge, compañero permanente e hijos, estos no cumplan los requisitos para tener derecho a la pensión, el juzgador debe seguir agotando el orden de prelación incorporado en esas normas.*

“[...] En estos casos, adviértase que, a pesar de existir beneficiarios, estos no tienen derecho a la pensión por no cumplir los requisitos legales y, por este motivo, debe seguirse agotando el orden de prelación hasta llegar a los padres que dependan económicamente del causante o, en su defecto, a los hermanos inválidos”.

Frente a los progenitores de la causante, y en cuanto a la dependencia económica, se debe determinar como parámetro de interpretación lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha señalado que es necesaria la prueba que demuestre que la causante contribuía para el sostenimiento económico de sus ascendientes, a fin de averiguar si esa ayuda ciertamente constituía un aporte esencial para el sustento, sin el cual no sería posible cubrir las necesidades básicas de un hogar, aunque también dejó sentado que el hecho de tener algún tipo de ingreso, no los convierte en autosuficientes.

Ello por cuanto, dicho requisito se encuentra vigente, pues la sentencia C-111 de 2006 sólo declaró la inexecutable de la expresión “*de forma total y absoluta*” contenida en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

En ese sentido, en sentencia del 1º julio de 2015, Radicación No. 47695, esa H. Corporación, estimó:

“[...] la dependencia económica que se exige para acceder a la pensión de sobrevivientes, no significa que el beneficiario se encuentre en estado de

mendicidad o indigencia, pues el simple hecho de recibir ingresos de otras fuentes, no significa que tenga autonomía económica para subsistir por sí solo sin la ayuda de sus hijos.

“[...] la jurisprudencia de esta Corporación tiene precisado, que si bien la dependencia económica de los padres con respecto de sus hijos no tiene que ser total y absoluta, si debe ser un verdadero sustento económico importante para resolver las necesidades de la familia que, de no tenerlo afecte la vida digna que se procura (sentencia CSJ SL4811 – 2014) [...] De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y si no a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida”.

Dicha posición ha sido reiterada en la sentencia SL 1954 de 2018, en la que se indicó:

*“[...] debe recordarse que **la dependencia económica de los padres respecto de su hijo fallecido no tiene que ser total y absoluta**, es decir, que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos en relación con la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, esto no los convierta en autosuficientes. Criterio que además ha atendido lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006, a través de la cual se declaró la inexequibilidad de la expresión «de forma total y absoluta» contenida en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.*

“[...]”

“Desde esa perspectiva la Sala ha definido la dependencia económica como «la subordinación de una persona respecto de otra, por necesitar de su ayuda o auxilio para llevar una vida digna», puntualizando que dicha condición desaparece «cuando la persona es autosuficiente, por estar en capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos indispensables para su subsistencia en condiciones de dignidad» (CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 44601)

Teniendo en cuenta lo anterior y una vez verificadas las pruebas obrantes en el plenario, encuentra esta Sala inicialmente que con el expediente administrativo, se aportó el informe del 5 de julio de 2017 (Fls. 46 a 48 expediente administrativo), elaborado de manera interna por la AFP, a efectos de establecer la dependencia económica, en el cual se refiere que se logró establecer de las declaraciones de la madre de la causante:

“Señor MARGARITA ROMERO PÉREZ, reclamante madre, manifiesta que la titular registra como soltera sin hijos al siniestro, el núcleo familiar de la titular se encuentra conformado por la madre reclamante, el padre de la titular se encuentra con vida, nos informa que adjuntó documento en el cual menciona renunciar a sus derechos en el proceso de pensión, afirma que no existen hijos de la titular [...] adicionalmente nos informa que 3 tíos paternos de la titular realizan aportes económicos mensuales a la titular para gastos del hogar y gastos paliativos debido a su enfermedad, la titular se encuentra inactiva laboralmente por 2 años al siniestro”.

“Señora YINNA REY SANTOS amiga de la titular [...] asegura que los gastos del hogar son asumidos por la reclamante madre y la titular, al siniestro la titular se encuentra inactiva laboralmente debido a su mal estado de salud”.

En ese orden ideas, la negativa de la AFP, consistió en que estimó que la accionante no derivaba su sustento de los aportes de la causante, en tanto por su estado de salud no laboraba, siendo otros familiares quienes colaboraban con el sustento del hogar; de igual manera, en el recurso de alzada aduce que la no dependencia económica se deriva de la confesión verificada en el interrogatorio de parte, así como del hecho de no estar afiliada como beneficiaria en salud.

Ahora bien, en el interrogatorio de parte la accionante aseveró que para la fecha del deceso no se encontraba laboralmente activa, en tanto se encontraba postrada dado su estado de salud; de igual manera que dejó de trabajar en virtud de los procedimientos médicos y quimioterapias, sin precisar la fecha

exacta, aproximándola a finales a 2015 o inicios de 2016, no obstante, refirió que sí laboró durante algún tiempo durante el padecimiento de la enfermedad. De igual manera que para la fecha del deceso la accionante no trabajaba y presenta una patología que se lo impide; finalmente, que cuando la accionante enfermó, disfrutó de incapacidades y cuando lo devengado no resultaba suficiente, se solicitaba ayuda a las personas más allegadas al núcleo familiar. Así mismo, que de algunos ahorros se solucionaron los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que ella se encontraba afiliada como beneficiaria de otro hijo, no obstante, no dependía de los otros hijos, en tanto tienen su propio núcleo familiar.

En ese orden de ideas, se tiene que en efecto se confesó que la causante para el momento del fallecimiento no le era factible trabajar, y que dicha situación se venía presentando con anterioridad, lo cual obedeció a su estado de salud, y las condiciones que representaban los tratamientos y quimioterapias.

De otra parte, se recepcionó la prueba testimonial de la señora ALBA YANELY PÉREZ GONZÁLEZ, prima de la demandante, refirió que la accionante actualmente vive con un hijo, de nombre JUAN CARLOS, lo cual obedeció a la ayuda que requirieron ante la enfermedad de la accionante; de otra parte, que la accionante no tenía ingresos económicos, en tanto despeñaba anteriormente el oficio de la costura, lo cual se imposibilitó a raíz de una patología que padece; refirió que la causante era quien solventaba los gastos del hogar, en tanto los otros hijos tenían sus hogares y no les era factible asumir dichos costos.

Ahora bien, de la prueba testimonial se puede corroborar que era la causante quien asumía los costos del hogar, conviviendo con la accionante hasta que su patología le impidió continuar con sus actividades laborales, e incluso requirió la ayuda de otros familiares.

Finalmente, se aportaron las declaraciones extrajuicio de ESPERANZA GÓMEZ MACÍAS (Fl. 29), quien refirió ser la persona que le arrendó el apartamento en a la causante, y señala constarle que su madre dependía económicamente de ella; a su vez la declaración extrajuicio de la señora ALBA YANELY PÉREZ GONZÁLEZ, quien refiere, al igual que en el testimonio practicado, que la actora dependía económicamente de la señora VIVIANA MACÍAS ROMERO.

De igual manera se aporta la declaración extrajuicio del señor ÁLVARO ANDRÉS MACÍAS ROMERO, hijo de la actora, quien refirió no tener posibilidad de brindar colaboración económica, al devengar el salario mínimo legal mensual vigente y tener obligaciones con su propio núcleo familiar (Fl. 12 expediente administrativo).

En ese orden de ideas, estima la Sala que quedó plenamente acreditado que la accionante dependía económicamente de su hija VIVIANA MACÍAS ROMERO, quien únicamente y como consecuencia de la patología que padecía, no pudo continuar laborando durante el período en el cual la patología lo impidió, sin que dicha circunstancia implique la pérdida del derecho pensional, pues no se aviene tal postura con los postulados del Sistema General de Seguridad Social.

En efecto, la dependencia económica no se vio truncada, en tanto la colaboración que se percibió por terceras personas, fue precisamente por la patología de la causante, quien estaba a cargo de su madre, y en ese orden de ideas, la misma ni puede entenderse como un desplazamiento de sus obligaciones, sino por el contrario, una ayuda humanitaria para que pueda continuar con el cumplimiento de las mismas, lo cual incluso quedó reseñado en el informe interno de la AFP, en el cual se refirió *“adicionalmente nos informa que 3 tíos paternos de la titular **realizan aportes económicos mensuales a la titular para gastos del hogar y gastos paliativos debido a su enfermedad**”*, de lo cual se desprende que era la causante quien percibía

dicha colaboración para continuar con sus gastos personales y los del hogar que conforma con su madre, quien dependía económicamente de ella.

De otra parte, el hecho que la accionante no estuviera afiliada como beneficiaria de la causante en el Sistema de Seguridad Social en Salud, no implica que se desvirtúe la dependencia económica, la cual, como se advirtió en precedencia, se acreditó con las pruebas aportadas al plenario, máxime que también se avizoró que a la actora no le es factible acceder al mercado laboral, por la patología que padece.

De tal manera, que el hecho de haber percibido la causante ayuda de terceros para continuar asumiendo los gastos a su cargo, no tiene el efecto de desvanecer la dependencia económica de su madre, pues una consideración contraria implicaría desconocer los principios de socorro y ayuda mutua ante la patología que padeció, y que, se reitera, fue la única circunstancia por la cual dejó de laborar, debiendo acceder a recursos económicos provenientes de ayudas de familiares y personas allegadas.

En ese orden de ideas, estima la Sala que la decisión de primera instancia se ajusta a derecho, y teniendo en cuenta que el recurso de alzada no se dirigió a controvertir el monto de la pensión, el número de mesadas, la fecha de causación ni las consideraciones frente a la excepción de prescripción, la misma será confirmada en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN

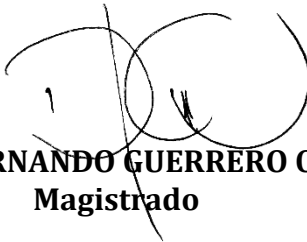
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

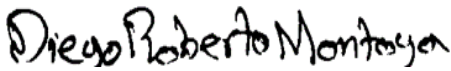
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 11001 31 05 **034 2018 00 394 01**
Demandante: COSTANZA EMILIA ROSAS GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Nicolette Stacy Ruiz Velandia*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.034.291.997 y T.P. 289.295 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de *Colpensiones*, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CONSTANZA EMILIA ROSAS GONZÁLEZ, formuló demanda en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad por medio de la AFP COLFONDOS S.A., fundamentada esta pretensión en la falta de información que se le otorgó por parte del fondo privado al momento de hacer el traslado.

Por consiguiente, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo con la corrección y actualización de su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo la demandante que nació el 23 de enero de 1962, que empezó a trabajar para el Sector Público el 1º de marzo de 1985 y a lo largo de su vida laboral trabajó tanto en el sector público como para empresas privadas; que cotizó 264 semanas para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y 323.85 semanas para el sector público, completando un total de 587.75 semanas al momento de trasladarse de régimen; que el 18 de enero de 1995 se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la AFP COLFONDOS S.A.

Con respecto a dicha afiliación, alega la demandante que no le informaron de forma completa respecto a las implicaciones de trasladarse de régimen, que no le indicaron las desventajas de trasladarse a un fondo privado ni las ventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y conoció las implicaciones cuando de manera personal accedió a una asesoría al respecto.

Asimismo, indica que el 2 de mayo de 2018 radicó solicitud de nulidad de traslado ante COLPENSIONES, y el 8 de mayo radicó solicitud de nulidad de traslado ante la AFP COLFONDOS S.A., ambas le fueron negadas, indicándole que no era procedente dicha solicitud de nulidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante se afilió de forma libre y voluntaria al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de COLFONDOS S.A.; que al ejercer su derecho de escoger libremente el régimen al que quería pertenecer implicaba aceptar sus particularidades e implicaciones; que la actora solicitó el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida contando ya con 57 años y que, por ende, estaba por fuera del término que tenía para poder trasladarse de régimen, aunado a ello, no es beneficiaria del régimen de transición.

Formuló las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, y la denominada innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. se opone a la totalidad de las pretensiones, indica que la AFP sí brindó a la accionante una asesoría completa, explicando cómo funciona el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus diferencias con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, asimismo se le informó sobre los bonos pensionales, los aportes voluntarios y la rentabilidad que tienen los aportes dentro de los fondos privados, también se le habló de la posibilidad que tenía de ejercer su derecho de retracto, por lo cual se concluye que la afiliación fue plenamente válida.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en causa por pasiva, prescripción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y ausencia de vicios del consentimiento.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de octubre de 2020, declaró la nulidad del traslado que realizó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 18 de enero de 1995 a través de COLFONDOS S.A., por lo que condenó a la AFP a remitir a COLPENSIONES el valor de todos los dineros existentes en su cuenta individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones y gastos de administración que se generaron durante dicha afiliación.

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora argumenta que las entidades encargadas de administrar las pensiones tienen la obligación de verificar que sus afiliados fueron debidamente asesorados respecto a las implicaciones de pertenecer a su fondo de pensiones, para que la afiliación sea libre y voluntaria, y se acomode a las necesidades del afiliado, las AFP deben acreditar el cumplimiento de este deber de información, de no ser así, serán sancionadas con multa.

Indica, además, que el formulario de afiliación no basta para demostrar el cumplimiento de este deber de información y que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de dar la información de manera completa sobre las características de cada régimen pensional.

Indica que, si bien existió el traslado de régimen pensional, no se demuestra que este estuviere precedido de la información necesaria para que fuese válido, puesto que la afiliación efectuada por la demandante tiene vicios de consentimiento, concretamente el vicio de error, pues la actora efectuó el traslado a la AFP COLFONDOS S.A. bajo la convicción que esta afiliación le convendría más que la afiliación que tenía vigente con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en su momento.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES, inconforme con la decisión, la apeló, solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el *a-quo*. Argumenta que el deber de información por parte de las AFP está consolidado desde la Ley 1478 de 2014, por lo que en el año 1995, en que la demandante efectuó el traslado,

no se le debía exigir a los fondos privados dar información de forma detallada, bastaba con el consentimiento plasmado por el afiliado en la firma del formulario de afiliación; además, su inconformidad viene del valor de la pensión que obtendría con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que con COLPENSIONES se pensionaría con un monto superior, este tipo de decisiones perjudican la sostenibilidad financiera de ésta entidad, descapitalizando el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como

consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el caso que nos ocupa, se allega a folio 23 del plenario el formulario por medio del cual la señora CONSTANZA EMILIA ROSAS efectúa su traslado de régimen a la AFP COLFONDOS S.A., con fecha del 18 de enero de 1995; si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que el formulario de afiliación puede acreditar un consentimiento libre de vicios, mas no informado; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas*

similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”

Por otra parte, en el interrogatorio de parte absuelto en audiencia, la accionante no confesó que se le haya suministrado la información respectiva.

En el recurso de alzada presentado por la apoderada de COLPENSIONES, se argumenta que solamente desde la Ley 1478 de 2014 existe la obligación por parte de las AFP de suministrar información completa a los potenciales afiliados, no obstante, como ya se mencionó anteriormente y como lo enunció también la operadora judicial de primera instancia, la Ley 663 de 1993 establece que es obligación de las entidades financieras brindar toda la información necesaria a quienes están interesados en sus servicios, y dentro de estas entidades se incluyen las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Aunado a ello, alega que la decisión proferida por el *a-quo* contraría el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, al respecto, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Así las cosas, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad financiera en el fallo de primera instancia, pues la AFP COLFONDOS S.A. devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniéndose en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado.

Se debe acotar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado pensional; no obstante, es menester aclarar que en estos casos la consecuencia jurídica es la que preceptúa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la cual es la declaración de ineficacia del traslado, así mismo lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688-2019 reiterada por la STL 8710 rad. 60836, la cual estableció que:

“La reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Luego resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada”.

Así las cosas, se modificará parcialmente el fallo, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado, la cual además trae como consecuencia la obligación de devolver los rendimientos financieros y gastos de administración que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la demandante a la AFP demandada; la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

De lo anteriormente citado se desprende que, de declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros, los cuales deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, con respecto a la prescripción, dicha excepción no es procedente en las acciones de ineficacia de traslado, así lo ha dicho el máximo órgano de cierre en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

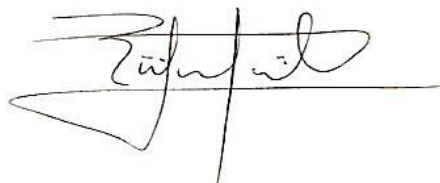
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya



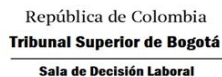


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora MARTHA CECILIA OCAMPO GONZÁLEZ, formuló demanda Ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

Igualmente, que se le condene a COLPENSIONES tramitar el recaudo de los dineros que posee en PROVENIR S.A. por todo concepto como afiliada.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 27 de marzo de 1961, cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte ante COLPENSIONES desde el 17 de marzo de 1989 hasta el 1º de enero de 1996.

Que fue trasladada a la AFP PROTECCIÓN S.A., efectuando su primera cotización a dicho fondo en el mes de febrero de 1996, calenda en la que cotizaba como dependiente al servicio de PROMOTORA PLAZA DE CAYCEDO LTDA PROPLAZA LTDA., sumado a que, para el mes de junio de 1999, fue trasladada a PORVENIR S.A. donde se encuentra afiliada en la actualidad.

Expuso que en su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., no se le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en ambos regímenes pensionales, no se le indicó que el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes, y que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida tendría un derecho pensional cierto.

Que no se le informó que el reconocimiento de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la edad de 57 años, estaba supeditado a alcanzar un monto base de aportes en su cuenta individual, que para pensionarse con una mesada pensional superior al mínimo debía cotizar más años que los exigidos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que no se analizó su situación particular de pensión, entre otros factores.

Por último, mencionó que elevó solicitudes ante las demandadas solicitando el cambio de régimen, las cuales se negaron.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES indicó en su contestación, que la demandante efectuó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, razón por la que el contrato de afiliación es plenamente válido, no se encuentra inmerso en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia, así como que no tuvo injerencia en dicha decisión.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para reclamar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. expuso en su contestación que, al momento de la afiliación de la demandante se agotaron todos los requisitos legales y exigibles por la ley para brindar toda la información de manera eficaz, oportuna y clara, dando siempre la posibilidad a la afiliada de comunicarse con la entidad de la manera más sencilla como lo son sus canales electrónicos, y también de manera mensual se le enviaron a la actora extractos de la cuenta individual de pensión; así mismo, se daba contestación a sus inquietudes y requerimientos.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. relató en su medio defensivo, que a la demandante al momento de la afiliación a sus dependencias, se le suministró una asesoría



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

completa, clara, veraz y profesional, donde se le explicó todo lo concerniente al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; se le pusieron de presente las características de ambos regímenes y las diferencias entre los mismos, y se le indicó los requisitos para acceder a la pensión en uno u otro régimen, precisando que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida es necesario cumplir con un requisito compuesto por semanas y edad y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el único requisito es contar con el capital suficiente en la Cuenta de Ahorro Individual para acceder a dicha prestación.

Interpuso los medios exceptivos denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, traslado de aportes a PORVENIR S.A., prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, e innominada o genérica.

En la audiencia llevada a cabo el día 25 de septiembre de 2019, se dispuso la vinculación de la AFP COLFONDOS S.A., en tanto la actora estuvo afiliada a esta administradora pensional (Fls. 276 a 280, incluido Cd de audio). En virtud de ello, COLFONDOS S.A. se allanó a la prosperidad de las pretensiones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de enero de 2021, declaró la ineficacia del traslado que efectuara la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante PROTECCIÓN S.A.

Ordenó a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A., a transferir a COLPENSIONES de manera indexada, todas las comisiones que recibieron durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada ante sus dependencias.

A su vez, condenó a PORVENIR S.A., última AFP donde la actora se encuentra afiliada en la actualidad, a transferir con destino a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que tena la actora en su Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, y a COLPENSIONES a recibir todas las contingencias dinerarias.

Para arribar a dicha conclusión expuso que de conformidad con los postulados emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas como así lo dispone la negativa, aspectos que no fueron demostrados por ningunas de las AFP llamadas a juicio.

De igual manera, que ante la ineficacia del traslado se debe proceder a retornar al COLPENSIONES, debiendo la AFP devolver los aportes realizados, así como los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PROTECCIÓN S.A. inconforme con la decisión la apeló. Indicó la inconformidad respecto de transferir los gastos de administración ante COLPENSIONES, pues como entidad administró en debida forma los dineros de la actora en su Cuenta de Ahorro Individual, tanto así que generó rendimientos, de ahí que al ordenarse la devolución tanto de los rendimientos como de los gastos de administración se produce es un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES como entidad promotora de los recursos.

PORVENIR S.A. expuso en su alzada, que dentro del plenario se demostró que al momento de la afiliación de la demandante, se le brindó una información idónea clara y suficiente como así da cuenta el formulario de afiliación, ya que para el momento del traslado a parte de dicho formulario la norma no exigía prueba adicional que le obligara a dejar consignadas las asesorías, máxime si se tiene en cuenta que la voluntad de la actora de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al suscribir diferentes afiliaciones entre varias AFP.

Que tampoco es procedente el traslado de los rendimientos financieros, ya que atendiendo lo regulado en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, dichos rendimientos no son objeto de devolución, y de hacerse se constituiría un enriquecimiento sin causa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES destacó en su recurso, que la demandante hizo uso de su traslado de régimen pensional como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se le haya ejercido presión o coacción, y en su lugar la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, sin que existiera algún vicio en el consentimiento de conformidad con el Código Civil, máxime si se tiene en cuenta que la señora MARTHA CECILIA OCAMPO GONZÁLEZ no es beneficiaria del régimen de transición.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar*



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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 9 de febrero de 1996 a la AFP DAVIVIR, hoy en día PROTECCIÓN S.A. (Fl. 230), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, de lo que se colige que atendiendo la exposición de la *a-quo*, no se puede obtener una afirmación de que a la actora



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se le hubiesen suministrado las condiciones necesarias entre uno y otro régimen, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto tanto por PROTECCIÓN S.A. como PORVENIR S.A., última en que la actora se encuentra afiliada en la actualidad como así se denota de la impresión del Sistema SIAFP (Fl. 178), respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 en su integridad la sentencia proferida el 14 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Magistrado

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 22 2017 00554 01
Demandante: JEISSON JASID CORTÉS SIERRA
Demandado: SALUD TOTAL EPS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JEISSON JASID CORTÉS SIERRA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de SALUD TOTAL EPS S.A., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2010 y el 29 de septiembre de 2014, así como que los llamados beneficios no salariales que se le consignaban de manera mensual constituían factor salarial.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones, entre el mes de diciembre de 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, o lo que resulte probado sobre la base salarial de \$1.119.800, pues aduce que fue su último salario.

Asimismo, se le condene al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., en virtud la falta de las acreencias laborales en su totalidad.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que suscribió con la demandada contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2010 y el 29 de septiembre de 2014, desempeñando el cargo de Auxiliar de Operaciones en la Ciudad de Bogotá.

Que en la Cláusula Segunda del vínculo contractual se pactó que la encartada le cancelaría un salario de \$515.000 pagaderos mes vencido, y en el Parágrafo de dicho clausulado, se pactó a título de incentivo o subsidio de transporte y/o alimentación la suma de \$157.0000, los cuales no constituían salario, y por tanto, no se tendrían en cuenta para la base de liquidación prestacional, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra erogación.

Por ello que, para los meses de enero a abril de 2011, no se le pagó la totalidad de su salario, en virtud del otrosí suscrito el 2 de abril de 2011.

Que los beneficios los recibía de manera mensual y no fueron pactados entre las partes, ni plasmados en el contrato de trabajo, pues dichos beneficios la demandada los denominaba *“Aporte Voluntario Convenio (Fondo Pensiones Voluntarias Protección)”*, con base en los desprendibles de nómina, al igual que en el Párrafo segundo de la Cláusula segunda del contrato, se estableció que podría pagar la suma de cero pesos por concepto de auxilio extralegal, en concordancia con los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990.

Expuso que, para los meses de febrero a abril de 2012, no se le pagó la totalidad de su salario, así como que el mes de mayo de la misma anualidad, suscribió un nuevo contrato de trabajo cuyo salario mensual fue la suma de \$1.133.600, el 1º de septiembre de 2012 celebraron un tercer contrato cuya remuneración salarial mensual fue de \$640.792 con un incentivo y/o auxilio de transporte de \$427.194, último concepto no constitutivo de salario.

Que para el mes de marzo de 2013, suscribió otrosí al contrato inicialmente pactado, en el que se estableció que a partir del 1º de marzo de 2013 devengaría un salario mensual de \$655.500, y un pago no constitutivo de salario por valor de \$437.000 denominado *“Fondo Voluntario Convenio”*. Por último, refirió que la demandada

suscribió con sus trabajadores un pacto colectivo denominado “*aumentos salariales vía beneficios*”.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, en tanto, mencionó que entre las partes se suscribieron sendos contratos de trabajo que fueron terminados unilateral y voluntariamente por el demandante.

En lo que atañe a los beneficios no salariales, adujo que no tenían como objeto la retribución directa del trabajador, sino que constituyeron un aporte a un fondo de pensiones voluntarias, todo lo cual venía siendo aceptado y convenido por el mismo demandante, aunado a que a éste siempre se le ha cumplido con la obligación legal de pagarle los aportes a pensión y vacaciones en el término legalmente contemplado.

Que lo que se pactó en los diferentes contratos de trabajo, fue un plan de desalarización que constituyen cláusulas verdaderamente eficaces lejanas al postulado normativo establecido en el artículo 43 del C.S.T. que no vulneran los derechos mínimos del trabajador.

Formuló las excepciones denominadas cobro de lo no debido, pago, compensación, prescripción, buena fe de la demandada, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de julio de 2020, declaró que entre las partes existió un único contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de diciembre de 2010 hasta el 14 de octubre de 2014, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, de ahí que hubiese declarado probada la excepción de cobro de lo no debido.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que dentro del plenario obra un primer contrato de trabajo a término indefinido suscrito por las partes en virtud del cual se contrató al actor para desempeñar el cargo de Auxiliar de Operaciones a partir del 1º de diciembre de 2010, cuyo salario se estimó en la suma de \$515.000 y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

un auxilio de incentivo extrasalarial de transporte y alimentación de \$157.000, que finalizó por renuncia del actor el 30 de abril del año 2012. A su vez, se aportó un segundo contrato de trabajo de obra o labor suscrito por las partes, el cual advierte que el demandante fue contratado a partir del 2 de mayo de 2012 para ejercer el cargo de Analista de Operaciones, pactándose como retribución la suma de \$1.113.600, vínculo que se extendió hasta el 31 de agosto de 2012 por renuncia del actor. Finalmente, un tercer contrato de trabajo bajo la modalidad de indefinido suscrito a partir del 1º de septiembre de 2012 para ejercer el cargo de Analista de Gestión de Casos con una retribución salarial de \$640.792, y un incentivo o auxilio de transporte y/o alimentación extralegal por la suma de \$427.194, que finalizó el 14 de octubre de 2014 por renuncia voluntaria.

Precisado lo anterior, adujo que con relación al contrato de obra o labor suscrito desde el 2 de mayo hasta el 31 de agosto de 2012, el mismo no cumplió los requisitos mínimos de la ejecución de dicha naturaleza, pues como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral, en dicho vínculo no quedó especificada la obra o labor, incluso determinar su inicio y su vigencia, por lo que se incumplieron las formalidades de la contratación utilizada, pues lo que allí se suscribió fue un contrato de trabajo a término indefinido. Por tal razón, concluyó la existencia de un único contrato de trabajo sin solución de continuidad, por cuanto de los tres suscritos nunca existió una interrupción considerable entre uno y otro.

En lo que atañe al salario, expuso que atendiendo lo establecido en los artículos 127 y 128 del C.S.T., en los diferentes contratos de trabajo que se suscribieron entre las partes, de manera puntual en el Parágrafo 1º del artículo 2º de los mismos, se pactó una suma adicional por concepto de auxilio de alimentación y/o transporte, donde se advirtió que por mutuo acuerdo establecían que dichas sumas no constituían factor salarial, aspecto que se acompasa con el pacto colectivo de trabajo 2009-2010 celebrado entre la demandada y sus trabajadores; circunstancia por la cual, esos auxilios no pueden entenderse como salario, toda vez que, además de la voluntad del trabajador y el empleador, existió un consentimiento por los trabajadores de la empresa en el referido pacto colectivo, entendiéndose así que no existió un poder dominante por el empleador sobre los auxilios estipulados.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tal razón, concluyó que no habría razón para el estudio de la reliquidación de prestaciones sociales, de ahí que no se adentrase al estudio de las excepciones formuladas por la pasiva.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. No encontró inconformidad en lo que concierne a la declaratoria de una única relación laboral determinada por la *a-quo*.

Adujo que, con ocasión al pacto colectivo, este tuvo una vigencia para los años 2009 y 2010 y su ampliación de prerrogativas fue hasta el año 2011, por lo que los años 2012, 2013 y 2014 no tienen aplicabilidad del pacto.

Que lo pretendido constituye factor salarial, pues como se auscultó de los testimonios practicados quienes a su vez son trabajadores de la empresa, se pudo advertir que se les contrataba a efectos de pagárseles un único monto, y con posterioridad, se suscribía otrosí que se dividía en un salario mínimo y otro valor denominado beneficio.

La parte demandada, indicó encontrar inconformidad en cuanto la *a-quo* declaró la existencia de un único contrato entre las partes, como quiera que es evidente que el demandante suscribió tres contratos diferentes desarrollando distintos cargos como así lo confesó el actor en el interrogatorio de parte, y que sobre todos efectuó renuncia voluntaria.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología para la resolución del presente asunto, la Sala analizará en primer lugar si hay lugar a declarar la existencia de tres contratos de trabajo, o si, por el contrario, lo que se configuró entre las partes fue una única relación laboral.

Como segundo problema jurídico, habrá de auscultarse si los beneficios no salariales en efecto constituían factor salarial. De salir adelante tal presupuesto, se entrará a determinar la reliquidación por concepto de vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones, así como la procedencia de la indemnización dispuesta en el artículo 65 del C.S.T.

c. Del caso en concreto:

De la unidad contractual:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre las partes se celebraron tres contratos de trabajo de la siguiente manera:

_ Un primer contrato de trabajo a término indefinido suscrito a partir del 1º de diciembre de 2010, mediante el cual el demandante desempeñó el cargo de Auxiliar de Operaciones con una remuneración salarial mensual de \$515.000 mensuales, el cual finalizó el 30 de abril de 2012 en virtud de la renuncia presentada por el señor JEISSON JASID CORTÉS SIERRA (Fls. 214 a 224).

_ Un segundo contrato de trabajo de obra o labor contratada suscrito el 2 de mayo de 2012, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de Analista de Operaciones I, con una remuneración salarial mensual de \$1.133.600, el cual finalizó el 31 de agosto de 2012 en virtud de la renuncia presentada por el actor (Fls. 229 a 239).

_ Un tercer contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 1º de septiembre de 2012, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de Analista de Gestión Casos Especiales I, con una remuneración salarial mensual de \$640.792, el cual finalizó el 14 de octubre de 2014 en virtud de la renuncia presentada por el demandante (Fls. 248 a 257).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, el reproche de la parte demandante se circunscribe a que contrario a lo decidido por la falladora de instancia, no puede establecerse una única relación contractual, por cuanto, es evidente que lo que verdaderamente existió dentro del presente asunto, fueron tres contratos de trabajo.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en varias decisiones, tales como la SL4902-2020, Radicación No. 75581 del 24 de noviembre de 2020, SL4332-2020, Radicación No. 72866 del 4 de noviembre de 2020, SL4332-2020, Radicación No. 72866 del 4 de noviembre de 2020, entre otras, ha expuesto la línea sobre la unidad contractual, entendida esta como un único contrato de trabajo sin solución de continuidad cuando los interregnos de interrupción son, ya que esos periodos no logran desvirtuar la continuidad del contrato de trabajo.

A pesar de lo anterior, la unidad contractual en tales supuestos se analiza bajo la óptica de la existencia de una prestación personal del servicio de idénticas funciones en el tiempo, es decir, un mismo cargo.

En el presente asunto, no se presenta una situación de similares supuestos fácticos al de unidad contractual, pues según se advierte de los contratos de trabajo celebrados entre las partes, tanto las funciones y los cargos a desempeñar por el actor fueron diferentes, incluso, cada contrato de trabajo fue culminado con ocasión de la renuncia voluntaria del actor y liquidado como dan fe las documentales vistas a folios 224 a 225, 239 a 241 y 257 a 258 respectivamente.

Por tal razón, la Sala puede colegir que en efecto entre las partes existieron tres contratos de trabajo, que por demás el actor desempeñó funciones disímiles, lo que significa que las actividades de cada vínculo no se sometían a un mismo fin y, por consiguiente, su naturaleza contractual no fue idéntica; circunstancia por la cual, se revocará la decisión de la *a-quo* que decidió un único contrato, para en su lugar, disponer la existencia de tres relaciones laborales independientes.

De los pagos constitutivos como factor salarial.

El actor funda esta solicitud, en el hecho que los beneficios no salariales en efecto sí hacían parte del salario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por su parte, la demandada sostiene que en los distintos contratos de trabajo que suscribió con el demandante, se celebraron otrosí los días 1º de diciembre de 2010, 1º de abril de 2011, 1º de septiembre 2012, 1º de marzo de 2013 y 1º de marzo de 2014, que hacen parte integral de los vínculos, donde de común acuerdo se decidió que el monto por beneficios no sería constitutivo de salario en cuanto fue reconocido por mera liberalidad, y no tenía como objeto la remuneración directa de la prestación del servicio, aunado a que dicha suma, fue distribuida a arbitrio del actor entre un portafolio de servicios, entre los que se destaca un aporte a pensiones voluntarias al Fondo de Pensiones Protección S.A., todo lo cual, venía siendo aceptado y consentido por el demandante, lo que hace suponer que venía ejecutándose lo que estaba estipulado, y que no superó el 40% de la remuneración total.

Que en tal sentido y por mera liberalidad, se le otorgó al demandante un concepto extralegal denominado “*concepto 82 Beneficio Aporte Voluntario Convenio*”, que no tenía incidencia salarial, ya que no tenía como objeto la retribución directa del trabajador, puesto que mes a mes se reconocía invariablemente, incluso en incapacidades temporales, vacaciones o licencias.

Además, resaltó que como empleadora implementó el plan de beneficios con el fondo de pensiones Protección S.A., concerniente a un plan institucional de pensión voluntaria

Así las cosas, en lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del CST establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del CST establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, *medio de transporte*, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

“Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

*“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, **que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido.** De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.*

“[...]

“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

“[...] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

“[...]”

“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

“Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Así las cosas, el primer contrato de trabajo suscrito el 1º de diciembre de 2010, estableció en su cláusula segunda que el salario mensual ascendía a la suma de \$515.000, y a su vez en el párrafo primero de dicho clausulado, se determinó que se le reconocería y pagaría al actor un auxilio de transporte y/o alimentación extralegal por valor de \$157.000, el cual podría pagarse en bonos una vez fuera definido, así como que la última suma referida no constituiría factor salarial (Fls. 214 a 215).

Sobre dicho contrato, se suscribió un otrosí el 1º de diciembre de 2010, en el que las partes establecieron que el demandante recibiría unos beneficios no prestacionales de \$157.000 denominados “Aporte Voluntario”, así como un segundo otrosí suscrito el 1º de abril de 2011, que dispuso que el “Aporte Voluntario” sería por valor de \$163.280 (Fls. 261 y 266).

Este contrato, además tuvo un otrosí suscrito el 1º de abril de 2011, que aumentó en \$26.880 el pago no constitutivo de salario (Fls. 24 a 25), y un otrosí del 1º de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mayo de 2011 en el que se determinó que el actor desempeñaría el cargo de Auxiliar de Operaciones II (Fl. 26).

Respecto del segundo contrato suscrito, esto es, el de obra o labor contratada, que fuese celebrado el 2 de mayo de 2012, en su cláusula tercera se estableció que la remuneración salarial mensual ascendería a la suma de \$1.113.600, y en el párrafo primero de dicho clausulado se estableció que no existiría monto por concepto de pagos o constitutivos de salario (Fls. 229 a 230), aunado a que en este interregno no se acredita pactado ningún otrosí que contenga el beneficio denominado “*Aporte Voluntario*”.

Frente al tercer contrato de trabajo, que como ya se enunció fue bajo la modalidad de indefinido y suscrito el 1º de septiembre de 2012, se estableció en su cláusula segunda que el señor JEISSON JASID CORTÉS SIERRA devengaría una asignación salarial mensual de \$640.792, y en su párrafo primero se determinó que percibiría la suma de \$424.194 por concepto de auxilio de alimentación y/o transporte, valor último que no constituiría factor salarial, adicional que durante su interregno se suscribieron tres otrosíes: 1) el suscrito 1º de septiembre de 2012 que determinó que el beneficio no prestacional sería de \$427.194, 2) el suscrito el 1º de marzo de 2013 estableció que el salario básico ascendería a la suma de \$655.500 y el beneficio no prestacional sería de \$437.000 y, 3) el suscrito el 1º de marzo de 2014 contempló que el salario básico mensual sería de 671.800 y el beneficio no prestacional en la suma de \$447.920 (Fls. 269, 272 y 275).

De otra parte, obra dentro del plenario, copia del plan de pensiones institucionales suscrito el 7 de mayo de 2001 entre la demandada Salud Total EPS y el fondo de pensiones Protección S.A. (Fls. 304 a 311), con la finalidad que los trabajadores de la encartada en una cuenta individual efectuaran aportes denominados ahorro voluntario que debía realizarse por los empleados de manera mensual, y en el artículo 16 se expresó:

“RETIROS: En caso de retiros parciales o totales de la cuenta individual, PROTECCIÓN S.A. dispondrá de un plazo de máximo 5 días hábiles para proceder a la entrega del dinero, de acuerdo con el Reglamento del Plan de Beneficios de Salud Total EPS, no pierde antigüedad la cuenta y si hay algún aporte no consolidado, se debe consolidar antes del retiro: Para los retiros parciales se requiere autorización de las patrocinadoras. Los aportes hechos por el patrocinador solo podrán ser retirados por el partícipe en caso de retiro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la empresa o cuando se pensione, o en casos extraordinarios por expresa autorización de SALUD TOTAL EPS. Los aportes del partícipe podrán ser retirados en cualquier momento.

“El retiro de sumas depositadas en el FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN con fines diferentes a los beneficios pensionales, está sometido a retención en la fuente y a los requisitos de permanencia de aportes y las condiciones fijadas en la Ley 498 de 1999, Decreto 2577 de 1999 y demás normas legales aplicables.”

Aunado a lo anterior, obra un pacto colectivo suscrito entre la demandada y algunos trabajadores en representación de la totalidad de empleados, en el que se consignó que su vigencia sería por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2009 y el 30 de junio de 2010 (Fls. 330 a 338).

A su vez, se asentó en su artículo Décimo Tercero que *“La Empresa podrá establecer beneficios adicionales de acuerdo con los resultados personales de análisis de desempeño”*, y en su artículo Décimo Sexto se preceptuó que *“Los beneficios extralegales que se consagraran en este pacto, no constituyen salario para ningún efecto legal”*.

Así las cosas, en primer lugar, ha de indicar la Sala, que el Pacto Colectivo tuvo vigencia por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2009 y el 30 de junio de 2010.

Es por ello, que atendido lo plasmado en el artículo Décimo Sexto del Pacto Convencional, los beneficios adicionales que se establecieron entre demandada y trabajadores no constituyeron factor salarial hasta por lo menos el mes de junio de 2010, toda vez que atendiendo los diferentes postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo uno de ellos los de la sentencia SL1798-2018, Radicación No. 63988 del 16 de mayo de 2018, al establecerse como consecuencia de beneficios convencionales son acuerdo entre las partes, de ahí que sea clara su incidencia no salarial.

En tal sentido, puede concluirse el indebido juicio valorativo de la falladora de instancia sobre este pacto convencional, ya que, a pesar de haberlo analizado, su apreciación no fue la acertada respecto a su extensión, que como ya se dijo, se prolongaba únicamente hasta el mes de junio de 2010 y no sobre el tiempo en que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

estuvieron vigentes los contratos de trabajo que suscribieron las partes, ya que el primero de ellos se celebró el 1º de diciembre de 2010 (Fls. 214 a 223).

Esta situación, conduce a que la Sala pueda colegir que los beneficios alegados como constitutivos de factor salarial por el actor, debieron analizarse de fondo con ocasión a los diferentes otrosí que se suscribieron para propiciar el pago de los mismos, y no como lo sostuvo la *a-quo*, que aplicó un Pacto Convencional que no era aplicable al presente asunto; circunstancia por la cual, es en esta oportunidad que se efectuará el estudio de la incidencia salarial que se persigue.

Así las cosas, para resolver el problema jurídico planteado, de entrada, encuentra esta Corporación que no se comparte la tesis planteada por la encartada de no tener como salario las sumas recibidas por el actor por concepto del plan de beneficios, entre ellos el denominado “*Fondo de pensiones voluntarias Protección*”, pues la tesis sostenida en cuanto a que esta no era retributiva del servicio, ya que eran percibidas independiente de si el actora trabajara o no y que estaban destinadas a un ahorro, es una aseveración que resulta contraria a la diafanidad que ofrecen los medios de convicción aportados al plenario, puesto que en realidad lo que se pretendió de manera sistemática era mantener un margen del 40% de la retribución de sus empleados como no constitutiva de salario.

Nótese además que conforme al precedente que ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, otro aspecto indicador de que en realidad se trata de un pago salarial gira en torno que además de periódicos, eran uniformes, es decir, la misma cantidad en cada mensualidad, y en sentir de la Sala, el hecho que siempre fueren cancelado es un indicio de que tal emolumento constituía salario pues no representaba un premio o bonificación por mera liberalidad de la empleadora; por el contrario, de las declaraciones de los testigos LUIS ANDRÉS RODRÍGUEZ RUEDA y JUDY ASTRID MENDOZA VALERO, se advirtió que se conminaba a los trabajadores a escoger dentro de una gama de beneficios con el único propósito de distribuir intencionalmente la remuneración en un 40% como no constitutivo de salario, sumado al hecho que los pagos por estos conceptos los podían solicitar directamente a Protección S.A. por intermedio de un usuario que cada trabajador tenía, y luego, los dineros se transferían directamente a la cuenta de ahorros, argumento que sopesa el hecho de que en resumidas cuentas los montos se percibían de manera directa.



Así las cosas, resulta evidente que los emolumentos adicionales percibidos por la actora eran retributivos de la prestación del servicio, toda vez que reúnen las siguientes características: (i) se percibía de manera periódica, esto es, en forma mensual, (ii) era uniforme, ya que no variaba su monto y; (iii) era retributivo del servicio, ya que no se evidencia una mera liberalidad por parte de la empleadora; por el contrario, se encuentra un claro propósito encubierto de disminuir un importe significativo y constitutivo de salario, máxime que el mismo artículo 127 del C.S.T., le ha dado a la remuneración fija y ordinaria el carácter de salario, cualquiera que sea la denominación que le den las partes, sin perjuicio de dejar sentado que, en estos eventos, la ineficacia de las cláusulas contractuales que desconozcan el carácter salarial del equivalente en sumas dinerarias de conceptos que si retribuyen el servicio del trabajador y se reciben para su propio beneficio es de pleno derecho. También resulta reprochable la aceptación por parte de sus destinatarios del beneficio indirecto de estos conceptos y valores durante el tiempo de la relación laboral.

En tal sentido, y al reconocerse los pagos perseguidos por el demandante señor JEISSON JASID CORTÉS SIERRA como constitutivos de salario, la decisión de primer grado habrá de revocarse por este puntualísimo aspecto.

Del salario:

Primer contrato de trabajo.

Como ya se expuso, entre las partes existieron tres contratos de trabajo. El primero de ellos y a término indefinido, se extendió por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2010 y el 30 de abril de 2012, estableciéndose en su cláusula segunda que el salario mensual ascendía a la suma de \$515.000, y a su vez en el párrafo primero de dicho clausulado, se determinó que se le reconocería y pagaría al actor un auxilio de transporte y/o alimentación extralegal por valor de \$157.000, el cual podría pagarse en bonos una vez fuera definido, así como que la última suma referida no constituiría factor salarial, aspecto que se acompasa con el otrosí suscrito el 1º de diciembre de 2010, en el que las partes establecieron que el demandante recibiría unos beneficios no prestacionales de \$157.000 denominados “*Aporte Voluntario*”, así como un segundo otrosí suscrito el 1º de abril de 2011, que dispuso que el “*Aporte Voluntario*” sería por valor de \$163.280, y en la misma fecha,

se suscribió un tercer otrosí que aumentó el pago no constitutivo de salario en la suma de \$26.880.

Significa lo anterior, que el demandante para el primer contrato de trabajo por los aumentos extralegales que le realizara la pasiva, debía percibir desde el 1º de diciembre de 2010 hasta el 31 de marzo de 2011 la suma de \$157.000, y desde el 1º de abril de 2011 hasta el 30 de abril de 2012 la suma de \$190.160, por lo que procede la Sala a realizar los cálculos correspondientes a fin de establecer el salario realmente percibido por el actor sobre este interregno, dejando de presente que en este contrato tuvo como salario mensual el valor de un S.M.L.M.M. para los correspondientes años.

AÑO	MES	SALARIO PAGADO	BONIFICACIÓN PAGADA	SALARIO TOTAL
2010	DICIEMBRE	\$ 515.000	\$ 157.000	\$ 672.000
AÑO	MES	SALARIO PAGADO	BONIFICACIÓN PAGADA	SALARIO TOTAL
2011	ENERO	\$ 535.600	\$ 157.000	\$ 692.600
	FEBRERO	\$ 535.600	\$ 157.000	\$ 692.600
	MARZO	\$ 535.600	\$ 157.000	\$ 692.600
	ABRIL	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	MAYO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	JUNIO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	JULIO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	AGOSTO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	SEPTIEMBRE	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	OCTUBRE	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	NOVIEMBRE	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	DICIEMBRE	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
AÑO	MES	SALARIO PAGADO	BONIFICACIÓN PAGADA	SALARIO TOTAL
2012	ENERO	\$ 566.700	\$ 190.160	\$ 756.860
	FEBRERO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	MARZO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760
	ABRIL	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760

Segundo contrato de trabajo.

El segundo contrato de obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 2 de mayo y el 31 de agosto del mismo año, no será objeto de condena frente a la reliquidación de salarios, pues como se advirtió, sobre este vínculo contractual se estableció que la remuneración salarial ascendería a la suma de \$1.113.600, sin que se hubiese pactado emolumento adicional por concepto de montos no constitutivos de salario; circunstancia por la cual, no se dispondrá análisis de condena alguna por este vínculo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tercer contrato de trabajo.

Respecto del tercer contrato a término indefinido comprendido entre el 1º de septiembre de 2012 y el 14 de octubre de 2014, se estableció en su cláusula segunda que el señor JEISSON JASID CORTÉS SIERRA devengaría una asignación salarial mensual de \$640.792, y en su parágrafo primero se determinó que percibiría la suma de \$424.194 por concepto de auxilio de alimentación y/o transporte, valor último que no constituiría factor salarial, adicional que durante su interregno se suscribieron tres otrosíes: 1) el suscrito 1º de septiembre de 2012 que determinó que el beneficio no prestacional sería de \$427.194, 2) el suscrito el 1º de marzo de 2013 estableció que el salario básico ascendería a la suma de \$655.500 y el beneficio no prestacional sería de \$437.000 y, 3) el suscrito el 1º de marzo de 2014 contempló que el salario básico mensual sería de \$671.800 y el beneficio no prestacional en la suma de \$447.920.

Es por ello, que el demandante debía percibir desde el 1º de septiembre de 2012 hasta el 28 de febrero de 2013 una asignación básica mensual de \$640.792 y \$427.194 por concepto de beneficio no prestacional, desde el 1º de marzo de 2013 hasta el 28 de febrero de 2014 una asignación básica de \$655.500 y un beneficio no prestacional de \$437.000, y desde el 1º de marzo hasta el 14 de octubre de 2014 una asignación básica mensual de \$671.800 y un beneficio no prestacional por valor de \$447.920; circunstancia por la cual, lo verdaderamente devengado por el demandante es lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCER CONTRATO DE TRABAJO				
AÑO	MES	SALARIO PAGADO	BONIFICACIÓN PAGADA	SALARIO TOTAL
2012	SEPTIEMBRE	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986
	OCTUBRE	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986
	NOVIEMBRE	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986
	DICIEMBRE	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986
AÑO	MES	SALARIO PAGADO	BONIFICACIÓN PAGADA	SALARIO TOTAL
2013	ENERO	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986
	FEBRERO	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986
	MARZO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	ABRIL	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	MAYO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	JUNIO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	JULIO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	AGOSTO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	SEPTIEMBRE	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	OCTUBRE	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	NOVIEMBRE	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	DICIEMBRE	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
AÑO	MES	SALARIO PAGADO	BONIFICACIÓN PAGADA	SALARIO TOTAL
2014	ENERO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	FEBRERO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500
	MARZO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720
	ABRIL	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720
	MAYO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720
	JUNIO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720
	JULIO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720
	AGOSTO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720
	SEPTIEMBRE	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720
	OCTUBRE	\$ 313.544	\$ 209.029	\$ 522.573

De la condena por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

Pretende el demandante que con relación a los pagos que la encartada determinó como no constitutivos de salario y que en efecto lo fueron conforme a los argumentos expuestos, se efectúen los aportes sobre la totalidad del salario realmente devengado.

Al respecto, se dispondrá que atendiendo la diferencia salarial que no efectuó la pasiva como consecuencia de los beneficios constitutivos, deberá efectuar el correspondiente pago a la administradora pensional donde se encuentre afiliado el demandante de dicha diferencia y previo cálculo actuarial, por los contratos de trabajo comprendidos entre el 1º de diciembre de 2010 y el 30 de abril de 2012, y entre el 1º de septiembre de 2012 y el 14 de octubre de 2014 respectivamente, diferencias que ascienden a los siguientes montos teniendo en cuenta la casilla denominada *“TOTAL DIFERENCIA ADEUDADA”* de las tablas que se discriminan a continuación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMER CONTRATO DE TRABAJO					
AÑO	MES	SALARIO PAGADO	BONIFICACIÓN PAGADA	SALARIO TOTAL	TOTAL DIFERENCIA ADEUDADA
2010	DICIEMBRE	\$ 515.000	\$ 157.000	\$ 672.000	\$ 157.000
2011	ENERO	\$ 535.600	\$ 157.000	\$ 692.600	\$ 157.000
	FEBRERO	\$ 535.600	\$ 157.000	\$ 692.600	\$ 157.000
	MARZO	\$ 535.600	\$ 157.000	\$ 692.600	\$ 157.000
	ABRIL	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	MAYO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	JUNIO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	JULIO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	AGOSTO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	SEPTIEMBRE	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	OCTUBRE	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	NOVIEMBRE	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	DICIEMBRE	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
2012	ENERO	\$ 566.700	\$ 190.160	\$ 756.860	\$ 190.160
	FEBRERO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	MARZO	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160
	ABRIL	\$ 535.600	\$ 190.160	\$ 725.760	\$ 190.160

TERCER CONTRATO DE TRABAJO					
AÑO	MES	SALARIO PAGADO	BONIFICACIÓN PAGADA	SALARIO TOTAL	TOTAL DIFERENCIA ADEUDADA
2012	SEPTIEMBRE	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986	\$ 427.194
	OCTUBRE	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986	\$ 427.194
	NOVIEMBRE	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986	\$ 427.194
	DICIEMBRE	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986	\$ 427.194
2013	ENERO	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986	\$ 427.194
	FEBRERO	\$ 640.792	\$ 427.194	\$ 1.067.986	\$ 427.194
	MARZO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	ABRIL	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	MAYO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	JUNIO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	JULIO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	AGOSTO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	SEPTIEMBRE	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	OCTUBRE	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	NOVIEMBRE	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	DICIEMBRE	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
2014	ENERO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	FEBRERO	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	MARZO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	ABRIL	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	MAYO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	JUNIO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	JULIO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	AGOSTO	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	SEPTIEMBRE	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	OCTUBRE	\$ 313.544	\$ 209.029	\$ 522.573	\$ 209.029

Frente a la excepción de prescripción, no procederá la misma respecto de estos conceptos, por cuanto los mismos no gozan de prescriptibilidad. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterativas decisiones como lo son las sentencias SL316-2021, Radicación No. 74331 del 10 de febrero de 2021, SL152-2021, Radicación No. 83222 del 25 de enero de 2021, SL106-2021, Radicación No. 78430 del 25 de enero de 2021, entre otras.

De la condena por concepto de compensación en dinero de las vacaciones.

Al haber constituido factor salarial los pagos que la demandada envistió como no constitutivos de salario, es palmario que al actor se le adeudan conceptos por vacaciones.

En este punto, deja de presente la Sala que el fenómeno prescriptivo en lo que atañe a las vacaciones opera en cuatro años. En tal sentido, se advierte que frente al primer contrato de trabajo, esto es, el comprendido entre el 1º de diciembre de 2012 y el 30 de abril de 2012, operó el fenómeno prescriptivo, como quiera que al haberse extinguido el vínculo el ya referido 30 de abril de 2012 y presentarse la demanda el 5 de septiembre de 2017 (Fl. 167), es palmario que el término de los cuatros años fue superado.

Respecto del tercer contrato de trabajo, comprendido entre el 1º de septiembre de 2012 y el 14 de octubre de 2014, existe prescripción parcial, toda vez que al haberse presentado la demanda el 5 de septiembre de 2017, atendiendo el término de los cuatro años, existe prescripción de las vacaciones con anterioridad al 4 de septiembre de 2013.

Por tal razón, se procede a realizar los cálculos respectivos por esta condena:

TERCER CONTRATO DE TRABAJO						
AÑO	MES	DÍAS LABORADOS EN EL MES	SALARIO PAGADO	BONIFICACIÓN PAGADA	SALARIO TOTAL	TOTAL DIFERENCIA ADEUDADA
2014	SEPTIEMBRE	26	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 378.733
	OCTUBRE	30	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	NOVIEMBRE	30	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	DICIEMBRE	30	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	ENERO	30	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	FEBRERO	30	\$ 655.500	\$ 437.000	\$ 1.092.500	\$ 437.000
	MARZO	30	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	ABRIL	30	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	MAYO	30	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	JUNIO	30	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	JULIO	30	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	AGOSTO	30	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	SEPTIEMBRE	30	\$ 671.800	\$ 447.920	\$ 1.119.720	\$ 447.920
	OCTUBRE	14	\$ 313.544	\$ 209.029	\$ 522.573	\$ 209.029
TOTAL PAGO DE VACACIONES						\$ 5.908.202

Así las cosas, se condenará a pagar a la demandada por concepto de compensación en dinero de las vacaciones la suma de \$5.908.202.

Se debe acotar además que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL467-2019, señaló:

“1. La prescripción de las vacaciones compensadas

Hay que tener de presente que por regla general el término de prescripción de los derechos laborales es de tres años contados desde su exigibilidad, a menos que existan normas especiales que establezcan un lapso prescriptivo distinto.

[...]



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En materia de vacaciones, al no existir regla especial, la prescripción se rige por la regla general de 3 años, contados a partir de la exigibilidad de este derecho.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible. Por ejemplo, frente a un trabajador que ingresa a laborar el 2 de mayo de 2019 y cumple el año de servicios el 1.º de mayo de 2020, el empleador tiene desde el 2 de mayo de 2020 hasta el 1.º de mayo de 2021 para programar la fecha del descanso, si no lo hace, el trabajador puede exigirlas desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 1.º de mayo de 2024.

Paralelamente, ha de enseñar la Sala que la compensación judicial en dinero de las vacaciones no revive periodos vacacionales prescritos, como lo entendió el Tribunal, al ordenar la compensación de todas las vacaciones exigibles en vigencia del contrato de trabajo, sin tener en cuenta el fenómeno extintivo de las obligaciones. En rigor, las únicas exigibles a la terminación del contrato de trabajo son las vacaciones proporcionales (art. 1.º L. 995/2005), pues las causadas y exigibles durante su vigencia prescriben paulatinamente conforme a lo explicado en el párrafo anterior.

De acuerdo con lo expuesto, precisa la Corte que la compensación en dinero de las vacaciones no impide aplicar el fenómeno de la prescripción frente a las vacaciones exigibles en desarrollo del contrato de trabajo, pues según las reglas generales de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los derechos laborales «prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible».

Desde este ángulo, el ataque a la sentencia es acertado, como quiera que el Tribunal al entender que las vacaciones compensadas son exigibles a la terminación del contrato y, por tanto, susceptibles de ser reclamadas dentro de los tres años siguientes, se abstuvo de aplicar la prescripción de las vacaciones exigibles en desarrollo del nexo laboral.

De la sanción moratoria del no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Se deja asentado que el actor no solicitó condena alguna por concepto de salarios y prestaciones sociales adeudados a la finalización del contrato de trabajo, toda vez que las pretensiones las encauzó a la repercusión de la ineficacia de los pactos de exclusión salarial, en los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y al pago de vacaciones, concepto este último que no se encasilla en salarios ni prestaciones sociales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por otra parte, frente a los aportes a pensión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas jurisprudencias, tales como la SL3392-2019, Radicación No. 65539 del 21 de agosto de 2019, SL2572-2019, Radicación No. 66815 del 10 de julio de 2019, SL3407-2018, Radicación No. 59968 del 14 de agosto de 2018, SL133-2018, Radicación No. 51660 del 7 de febrero de 2018, entre otras, ha efectuado un análisis con ocasión de la indemnización del Parágrafo 1º del artículo 65 del C.S.T, manteniendo la postura de indicar que su aplicabilidad tiene por objeto garantizar una cobertura para el trabajador en el tema de seguridad social, buscando asegurar que a la terminación del contrato de trabajo, el empleador de cumplimiento al pago de los aportes, so pena de hacerse acreedor de la sanción, sin que ello implique alguna fórmula de estabilidad laboral que conduzca a un reintegro, pues esto último no era el fin del legislador.

En la citada sentencia SL133-2018, Radicación No. 51660 del 7 de febrero de 2018, el Alto Tribunal sostuvo:

“A propósito de lo anterior, es oportuno señalar que la Corte, incluso en un conflicto jurídico contra la misma entidad aquí demandada y en referencia a esa disposición que se invocó como conculcada por el recurrente, en la sentencia CSJ SL, 27 jul. 2016, rad. 50027, adoctrino:

“[...]

“Empero, lo que definitivamente echa por la borda toda eventual vocación de prosperidad a estas acusaciones y hace innecesarias disquisiciones adicionales, es que el presunto incumplimiento de lo preceptuado en el parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 por parte del empleador, no genera la ineficacia del despido y el restablecimiento del contrato, como lo pretendió el actor desde la demanda inicial y lo reitera en el alcance de la impugnación, pues en sentencia 35303 de 14 de julio de 2009, sobre el tema de debate se expuso:

“Ahora, el Parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el 65 del C.S.T., no contempla el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, tan es así, que la norma consagra el pago posterior de las cotizaciones, dado que su finalidad no es otra que la de garantizar el pago oportuno de los aportes de seguridad social y parafiscales. En efecto, revisado el trámite que en el Congreso de la República tuvo el proyecto de la que sería la Ley 789 de 2002, se percibe que en la exposición de motivos se denominó el plan como aquel ‘POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS PARA PROMOVER EMPLEABILIDAD Y DESARROLLAR LA PROTECCIÓN SOCIAL’, mientras que en el capítulo llamado ‘justificación y desarrollo de los articulados’ se precisa que como lo ‘postulan los artículos 23 al 30, tales condiciones especiales se han diseñado con el especial cuidado de no debilitar a las entidades administradoras de los recursos de SENA, ICBF y Cajas de Compensación, en la medida en que éste beneficio sólo se concederá a quienes mantengan en términos reales sus aportes a tales entidades. Igualmente, estamos solicitando facultades para cerrar la brecha de la evasión frente a todos los aportes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

parafiscales, en armonía con el proceso de simplificación en el recaudo que queremos construir [...]’.

“En ese orden, el bien jurídico protegido es la viabilidad del sistema de seguridad social integral, teniendo especial cuidado en no debilitar al SENA, al ICBF y a las CAJAS DE COMPENSACIÓN y por ello se incluyó en el Parágrafo 1° del artículo 65 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, el estado de pago de las cotizaciones por parafiscalidad, por su significación social, lo que descarta que tal protección se encamine a la estabilidad en el empleo, por el contrario, lo consagrado por la norma tiende a la coerción como mecanismo para la viabilidad del sistema, precisamente con lo que podría denominarse como ‘sanción al moroso’.

“Por ello, carecería de lógica que aun cesando la causa de la sanción, ejemplo pago posterior, continuase el correctivo como lo sería la orden de reintegro del trabajador al cargo y los efectos que conllevaría el mismo, situación superada por la jurisprudencia. Precisamente en sentencia de 30 de enero de 2007, radicación 29443, se reflexionó así:

“Sea lo primero indicar que la condición de eficacia para la terminación de los contratos de trabajo prevista en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es un mecanismo de garantía de cobertura real y concreta para el trabajador en materia de seguridad social y contribuciones parafiscales; ciertamente si se le exige al empleador que, para que el despido que se propone realizar sea apto para terminar el contrato de trabajo, cumpla con sus obligaciones para con las entidades del sistema de seguridad social y administradores de recursos parafiscales, se evita que las prestaciones o servicios que estas instituciones ofrecen se nieguen por falta de pago completo de las respectivas cotizaciones o aportes.

“El artículo 48 de la Constitución Política establece como principio de la seguridad social la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que la eficacia de los derechos consagrados está irremisiblemente unida a la existencia de recursos suficientes, estimados más allá de los demandados por la urgencia del día, para la viabilidad de las instituciones durante esta y las siguientes generaciones.

“El Constituyente y el legislador de las últimas décadas, han tenido como finalidad central de sus proyectos y disposiciones el garantizar el equilibrio financiero del sistema, que se obtiene no sólo incrementando los aportes del empleador y del trabajador, y del Estado, sino garantizando los medios para asegurar su efectivo recaudo’.

“Por tanto, al armonizar la preceptiva en cuestión, al igual que lo hizo la jurisprudencia con el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, desde el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, se condenará a la parte demandada a pagar al actor, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en sufragar los aportes parafiscales de los tres últimos meses anteriores a la terminación del contrato [...] hasta cuando [...] acredite el pago de tales aportes con posterioridad a esta decisión”.

“Por la misma línea, en sentencia SL516-2013, dijo la Sala:

“Del texto pre transcrito, en especial del aparte destacado por la Sala, no cabe duda que la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones y a favor del trabajador, en virtud de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma.

“Si bien la redacción de la norma en comento es distinta al texto original del artículo 65 del CST y a la modificación introducida a este por el primer inciso del citado artículo 29 de la Ley 789, en la medida que allí sí se fija, claramente, la consecuencia consistente en que el empleador le deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, no puede ser motivo de extrañeza para la comunidad jurídica laboral el que, cuando el legislador se refiera a la ineficacia del retiro del servicio derivada del incumplimiento del pago de obligaciones laborales, en este caso del sistema de la protección social, a cargo del empleador, se equipare al pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador, por cuanto la jurisprudencia tiene precisado, desde antaño, conforme al propósito de la norma en estos casos, que el objeto de tutela jurídica no es la estabilidad laboral, sino el pago de ciertas obligaciones laborales que, dada su naturaleza, merecen una protección especial y que esta protección debe estar armonizada con el principio general de la resolución contenido en todos los contratos de trabajo”.

En este orden de ideas, si bien no existe una específica forma de hacer el pago de este tipo de indemnización, lo cierto es que del análisis efectuado por la Alta Corporación, puede concluirse que su imposición es como consecuencia de la falta de pago de los aportes pensionales, lo que conlleva es a que exista una equiparación con los postulados contenidos en el Inciso 1º del artículo 65 del C.S.T.

De ahí que el análisis de pago se deba hacer a la luz de lo consagrado en el Inciso 1º del artículo 65 del C.S.T., a razón del último día de salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta que el pago se verifique si el periodo es menor, y si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, a este se le deberá intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Ahora bien, tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes al Sistema General de Seguridad Social a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 C.S.T.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019.

Así las cosas, para la Sala no es atendible de buena fe el hecho que la encartada hubiese efectuado gestiones tendientes a disminuir el salario del demandante mediante pagos cubiertos de un presunto plan voluntario a pensión, y a pesar de ello terminaba percibiendo de manera directa esos rubros, conducta que significa que lo sucedido en realidad fue que se camufló el monto del verdadero salario a devengarse, tópico que conduce a que se fulmine condena por esta indemnización. No debe perderse de vista que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 18 de mayo de 2012, Radicación 38.118, señaló:

“No resulta atendible la justificación esgrimida por la empleadora en el escrito de oposición para demostrar buena fe de su parte porque la sola circunstancia de considerar que lo pactado en el contrato de trabajo sobre exclusión salarial de cualquier beneficio, auxilio, recargo, prestación o bonificación extralegal permitía que lo pagado por comisiones fuera considerado como una prima de mera liberalidad, no puede servir de excusa para que se le exonere de la indemnización moratoria pretendida ya que, como se ha visto, no suministró mayores explicaciones que puedan dar lugar a pensar que ese convencimiento fue serio y razonado.

“Así mismo, en sentencia del 28 de octubre de 1998, radicación 10951, la Corte en relación con el mismo tema de estudio, dijo:

“Y esto porque por más consensual que ostente un pacto de esa índole, ese sólo hecho no sirve de pretexto para derivar a través de él una actitud de buena fe que permita eximir al empleador de la consiguiente indemnización monetaria, ante el pago deficitario de las prestaciones sociales del actor. En efecto, una cláusula contractual de esa naturaleza, que indudablemente resulta ineficaz por los claros términos del art. 127 del CST., no tiene la entidad suficiente para desvirtuar la mala fe de la empleadora en el deficiente pago de aquella acreencia laboral, ya que no se requiere de mayor esfuerzo para deducir que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pago de comisiones, no podía encajarse en el art. 128 el CST, para negarle su naturaleza jurídica de salario”.

“En consecuencia, le asiste razón al recurrente en cuanto a los desaciertos denunciados, pues los pactos sobre exclusiones salariales de cualquier beneficio, que por violar disposiciones legales se tornan ineficaces, no pueden servir de excusa por sí solos para exonerar al empleador de la indemnización moratoria, pretextando una firme creencia de su validez, pues admitir lo contrario, sería tanto como patrocinar estipulaciones contractuales que riñan con el ordenamiento jurídico sin ninguna consecuencia”.

Ahora, debido a que la relación laboral finalizó el 14 de octubre de 2014, y el actor presentó demanda el 5 de septiembre de 2017 (Fl. 167), es evidente que la presente acción se instauró dentro de un término superior a los veinticuatro (24) meses que dispone el inciso primero del artículo 65 del C.S.T.; circunstancia por la cual, la demandada deberá pagar desde el día siguiente a la terminación de la relación laboral intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera. Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1560-2014, Radicación No. 38115 del 12 de febrero de 2014, postura que se ha mantenido incluso en recientes decisiones como lo es la sentencia SL3616-2020, Radicación No. 84226 del 9 de septiembre de 2020.

Por todo lo expuesto, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 en su integridad la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que entre el demandante señor JEISSON JASID CORTÉS SIERRA y la demanda SALUD TOTAL EPS-S. S.A. existieron tres contratos de trabajo de la siguiente manera:

- a) Un primer contrato de trabajo a término indefinido comprendido entre el 1º de diciembre de 2010 y el 30 de abril de abril de 2012, donde el demandante desempeñó el cargo de Auxiliar de Servicio de Operaciones.
- b) Un segundo contrato de trabajo de obra o labor contratada comprendido entre el 2 de mayo de 2012 y el 31 de agosto de 2012, donde el demandante desempeñó el cargo de Analista de Operaciones I.
- c) Un tercer contrato de trabajo a término indefinido comprendido entre el 1º de septiembre de 2012 y el 14 de octubre de 2014, donde el demandante desempeñó el cargo de Analista de Gestión Casos Especiales I.

TERCERO: DECLARAR que los pagos por concepto de beneficios no salariales en efecto constituyeron salario conforme a las razones en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONDENAR a la demandada SALUD TOTAL EPS-S. S.A. a pagar al demandante JEISSON JASID CORTÉS SIERRA los siguientes conceptos:

- a. Por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones respecto de los contratos comprendidos entre el 1º de diciembre de 2010 y el 30 de abril de abril de 2012, y entre el 1º de septiembre de 2012 y el 14 de octubre de 2014. Por tal razón, la demandada deberá efectuar el correspondiente pago de la diferencia salarial reseñada en las consideraciones de esta decisión con destino a la administradora pensional donde se encuentre afiliado el demandante previo cálculo actuarial del ente administrador.
- b. Por concepto de compensación en dinero de las vacaciones causadas con ocasión del contrato de trabajo comprendido entre el 1º de septiembre de 2012 y el 14 de octubre de 2014. Suma comprendida desde el 5 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

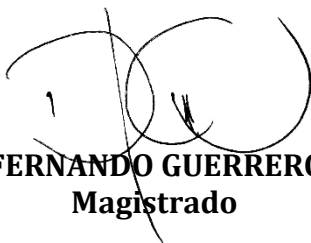
septiembre de 2013 hasta el 14 de octubre de 2014 por un monto de \$5.908.202.

- c. Por la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., la cual se deberá cancelar desde el día siguiente a la terminación de la relación laboral, esto es, 15 de octubre de 2014 a razón de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta que se efectúe el correspondiente pago integral de aportes.

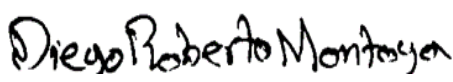
QUINTO: DECLARAR PROBADA DE MANERA PARCIAL la excepción de prescripción.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 32 2019 00795 01
Demandante: REINEL EUSEBIO CARVAJAL
Demandado: CIVALCO S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor REINEL EUSEBIO CARVAJAL formuló demanda ordinaria contra la sociedad CIVALCO S.A.S., a fin que se declare la nulidad del despido debido a la estabilidad laboral reforzada con ocasión de la discapacidad laboral generada por el accidente de trabajo del 29 de septiembre de 2018.

En consecuencia, se disponga su reintegro, con el correspondiente pago de las acreencias laborales dejadas de percibir, incluyendo la diferencia entre las incapacidades y el real salario que debió devengar, auxilio de cesantías proporcionales; intereses a las cesantías; prima de servicios y vacaciones

proporcionales del 17 de agosto de 2019 hasta la fecha de reintegro; más la indemnización moratoria, sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, la indexación o los intereses moratorios que resulten más favorables y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria se condene a la demandada al pago de la sanción contemplada en el artículo 64 del C.S.T.; la indemnización moratoria; la sanción consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que el 21 de abril de 2018 suscribió contrato de trabajo con la sociedad CIVALCO S.A.S., para desempeñar el empleo de “*andamerio*”, ejecutando la labor de manera personal y subordinada, realizando el montaje y fabricación del sistema *Fire and Gas* en la estación del Municipio de Acacías; relata que en ejecución de cargo sufrió un accidente de trabajo el 25 de septiembre de 2018, lo que le generó una lesión en su espalda.

Refiere que fue atendido por el servicio de urgencias de la EPS a la cual se encuentra afiliado, requiriendo diversas terapias físicas; que solicitó una intervención quirúrgica ante la ARL, la que indicó que padece de una dolencia crónica degenerativa; que el 5 de marzo de 2019 inició la recolección de documentos requeridos por la ARL para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral; de igual manera el 10 de mayo de 2019 la sociedad empleadora anuncia el cierre de labores que venía ejecutando con ECOPETROL, y la terminación del contrato de trabajo, frente a lo cual puso de presente la situación de discapacidad.

Relata que el 13 de mayo de 2019 fue trasladado a la ciudad de Bogotá, debiendo asumir los costos de tal determinación; el 13 de julio de 2019 le fue realizado un examen periódico de salud, en el cual se evidenció la patología que padece; pese a lo anterior, el 16 de agosto de 2019 se da por terminado el contrato de trabajo; finalmente que el 22 de agosto de 2019 le fue calificada la pérdida de capacidad laboral en el 0%, frente a lo cual interpuso el recurso respectivo ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, máxime que presenta restricciones para ejecutar diversas actividades.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad CIVALCO S.A.S. operó la *litis contestatio*, señalando que el contrato de trabajo se suscribió el 21 de agosto de 2018, siendo su término por duración de la obra o labor contratada; que el objeto del contrato de trabajo era realizar el 75% de la mano de obra para el montaje y fabricación del sistema *Fire and Gas* estación Acacias, de acuerdo al contrato suscrito con ECOPETROL.

Refiere que el actor ejecutó la labor de “*andamiero*” entre el 21 de agosto de 2018 y el 17 de diciembre de 2018, posteriormente estuvo en Acacias sin prestar dicha labor entre el 18 de diciembre de 2018 y el 14 de mayo de 2019 y posteriormente fue trasladado a Bogotá desde el 15 de mayo de 2019 hasta el 16 de agosto de 2019, estando en disponibilidad para prestar apoyo en archivo documental y actividades conexas.

Que el accidente acaeció el 26 de septiembre de 2018, diagnosticándose lumbago no especificado, y otorgándose dos días de incapacidad, siendo calificado por la ARL con el 0% de pérdida de capacidad laboral, lo que fuera confirmado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 13 de

diciembre de 2019; finalmente que la liquidación definitiva, fue solucionada mediante consignación judicial.

Propuso y sustentó las excepciones de prescripción, pago, cobro de lo no debido e inaplicabilidad de la Ley 361 de 1997.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, declaró probadas las excepciones de pago, cobro de lo no debido e inaplicabilidad de la Ley 361 de 1997, absolviendo a la accionada de todas las pretensiones de la demanda.

Para tal efecto señaló, tras reseñar los medios probatorios recabados en el plenario, que el actor no acreditó los presupuestos a efectos de beneficiarse de la estabilidad laboral reforzada, en tanto el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez estableció que no existe una pérdida de la capacidad laboral, y por ende no es destinatario de la garantía consagrada en la Ley 361 de 1997.

De otra parte, que no existe prueba alguna de la diferencia reclamada entre las incapacidades y el salario realmente devengado, máxime que ante las incapacidades no procede el pago salarial reclamado; de igual manera que se acreditó el pago del auxilio de cesantías.

En lo atinente a las pretensiones subsidiarias, que no resulta procedente la indemnización de 180 días de que trata la Ley 361 de 1997; así mismo, que no se verificó un despido sin justa causa, por cuanto el contrato se pactó por duración de la obra o labor, y si bien para el mes de mayo de 2019 había culminado, la empleadora en aras de garantizar los derechos del actor,

quien para la época se encontraba en incapacidad, decidió dejar en suspenso la terminación hasta tanto se procedía con la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, y al establecer que no existía tal condición, se procedió con el finiquito por la culminación de la labor u obra contratada.

Finalmente, que no se acreditó que adeuden salarios y prestaciones sociales, al haberse verificado la consignación de la liquidación, por lo cual no resulta p procedente la indemnización moratoria.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que por activa no se formuló recurso contra la sentencia de primera instancia, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, la Sala determinará si se acreditó una discapacidad relevante que ampare al actor con la estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997; de igual manera, si resulta

procedente de manera subsidiaria el pago de la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria.

4.3 DEL CASO EN CONCRETO:

a. Del vínculo laboral

Sobre el particular, se tiene que de la revisión de las pruebas aportadas al plenario, se acreditó que el 21 de agosto de 2018 se suscribió entre las partes un contrato escrito de trabajo (Fls. 7 a 10), para desempeñarse como andamiero, el cual finiquitó el 16 de agosto de 2019 (Fl. 29), aduciendo la culminación de la labor contratada.

b. De la estabilidad laboral reforzada

Bajo este escenario, en tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

*“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.
En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adocrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso.

En la citada providencia la Corte concluyó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:

“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”

Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.”

“[...]

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Postura que se mantiene incólume por parte de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, pregonando adicionalmente que dicha discapacidad puede ser acreditada mediante cualquier medio probatorio, así en sentencia SL – 4825 del 2020, indicó:

“Lo anterior permite inferir que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es, para aquellos que su limitación está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.

“En este orden, como la referida normatividad no determina los extremos en que se encuentra los distintos grados de severidad de la discapacidad, debe acudir al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, que sí señala los citados parámetros, en los términos del canon 5º de la Ley 361 de 1997, de la siguiente manera: discapacidad «moderada» es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; «severa», la que es mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y «profunda» cuando el grado de invalidez supera el 50% (CSJ SL5163-2017).

“Acorde con lo anterior, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral; cuya acreditación no depende de una prueba especial o forma instrumental determinada, ya que lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación (CSJ SL5181-2019). (...)

“Bajo este horizonte, resulta claro que la protección laboral a la que alude el precepto 26 de la Ley 361/97, conforme a los derroteros jurisprudenciales de esta Sala, está encaminada a aquellas personas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que acrediten una discapacidad en un grado significativo, debiendo cumplirse las siguientes hipótesis: i) Que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) Que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) Que el empresario despidiera al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) Que la empresa no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

“En esa medida, no basta entonces que el trabajador se encuentre en un estado de debilidad manifiesta para que de manera automática sea beneficiario o acreedor de la estabilidad laboral reforzada a la que alude el referido precepto legal, como equivocadamente lo adujo el juez colegiado, máxime cuando en este asunto ni siquiera se acredita que el accionante hubiese sido diagnosticado que padeciera de una enfermedad de tipo laboral derivada del accidente de trabajo que sufrió al servicio de la demandada, mucho menos, que tuviese una afectación o limitación física, psíquica o sensorial para desempeñar sus actividades laborales, ni que la patología padecida por el actor tuviese tal notoriedad que fuese realmente conocida por el empleador.

“Al respecto en la sentencia CSJ SL17945-2017, se precisó: «En esa medida, no le asiste razón a la recurrente en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta, en este caso, la calificación de la enfermedad de la actora como de origen profesional, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997».”

Un entendimiento razonable de la anterior postura señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido o de la terminación del contrato, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

De cara a lo indicado, se tiene que al presente juicio se aportó la historia clínica del actor, la cual da cuenta que el 27 de septiembre de 2018 fue atendido por el servicio de urgencias del Hospital Municipal de Acacias, refiriendo un cuadro de dolor lumbar posterior a levantamiento de peso, persistente y de intensidad moderada, exacerbado ante flexo extensión del tronco (Fl. 16); de igual manera se aporta el RX de columna lumbosacra del

11 de agosto de 2018 (Fl. 15), el cual refiere *“estudio normal por este medio diagnóstico”*.

Se allegó además el acta de compromiso suscrito el 4 de octubre de 2018 ante las recomendaciones médicas, refiriendo como tales *“SS Terapias total: 7”, “TDX: Esguince de columna lumbar”,* y como recomendaciones laborales *“Puede manipular carga física hasta 8 kg”, “No realizar movimiento repetitivo de flexo extensión rotación de columna lumbar”, “No trabajar agachado”,* señalándose además de manera expresa que *“Estas recomendaciones son por 15 días a partir de la fecha”* (Fl. 19). Se evidencia además resonancia magnética del 6 de julio de 2019, que da cuenta de la lumbalgia y las patologías antes referidas (Fl. 27).

De otra parte, se aportó historia de fisioterapia del 18 de julio de 2019, que da cuenta de un diagnóstico de discopatía lumbosacra y lumbalgia crónica, indicándose diez (10) sesiones de terapia física para mejoría y mantenimiento de condiciones para flexibilidad y fuerza muscular, manejo de contractura, así como de terapia ocupacional para ahorro articular, conservación de energía, higiene postural y reconocimiento de posturas generadoras de dolor (Fl. 21).

Ahora bien, tal como se estableció en precedencia, el contrato de trabajo finiquitó el 16 de agosto de 2019, sin que las anteriores documentales den cuenta que para dicha data el actor presentara una discapacidad relevante que implicaran restricciones médicas de orden laboral e imposibilitaran el cumplimiento de las funciones a su cargo.

Por el contrario, se aportó el oficio del 19 de diciembre de 2019 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, que da cuenta que no se repuso el dictamen mediante el cual se asignó el 0% de pérdida de la

capacidad laboral, porcentaje que también fuera asignado por la ARL SURA (Fl. 68), refiriendo además el actor en interrogatorio de parte que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, confirmó dicha determinación, así como que para la fecha de la terminación, no se encontraba incapacitado, y solo tenía asignadas citas médicas y terapias.

Ahora bien, debe acotar la Sala que la conducta del empleador lejos de restringir los derechos laborales del actor propendió por garantizar la eventual estabilidad laboral, ello en tanto, tal como lo confesó el accionante en el interrogatorio de parte, su traslado a la ciudad de Bogotá, acaecido el 13 de mayo de 2019 (Fl. 26), obedeció a que habían culminado las actividades para las que fuera contratado, y se encontraba en terapias médicas e incapacidades.

En ese orden de ideas, no se logró acreditar que el actor ostentara una discapacidad relevante para la fecha de terminación del contrato de trabajo, motivo por el cual no goza de la estabilidad laboral reforzada, sin que se haya requerido autorización del Ministerio del Trabajo.

Como corolario de lo anterior se confirmará la absolución del reintegro y consecuente pago de las acreencias laborales, así como de la indemnización de 180 días consagrada en la Ley 361 de 1997.

c. Indemnización por despido injusto:

Una vez determinado lo anterior, de manera subsidiaria se deprecaba el reconocimiento de la indemnización por despido injusto contenida en el artículo 64 del C.S.T.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente a tal aspecto se tiene que, tal como se estableció en precedencia, el contrato de trabajo se pactó por duración de la obra o labor, consistente en: *“Desempeñarse en el cargo de ANDAMIERO con el objeto de realizar el 75% de la mano de obra para el montaje y fabricación del sistema Fire and Gas estación Acacias de acuerdo al Contrato No. 311709, celebrado entre el EMPLEADOR y ECOPETROL”* (Fl. 7).

De igual manera, se acreditó a través del Acta de Cierre de Labores, que dicha obra finalizó el 10 de mayo de 2019 (Fl. 24) y, que, tal como lo confesó el actor, se dio continuidad al mismo disponiendo el traslado a Bogotá el 19 de mayo de 2019 (Fl. 26), en aras de garantizar las terapias físicas, incapacidades y exámenes médicos programados, por lo cual los efectos de la terminación de la obra se postergaron hasta el 19 de agosto de 2019, lo cual en manera alguna se traduce en un despido sin justa causa, ni resulta dable entender que la continuación del contrato implicó una nueva vinculación laboral, como se adujo en los alegatos de conclusión.

En ese orden de ideas, se acreditó que había fenecido la obra o labor para la cual fue contratado y se confesó que, si bien se dio continuidad al contrato, obedeció dicha decisión a garantizar una eventual estabilidad laboral del actor, motivo por el cual se confirmará la absolución sobre esta pretensión.

d. Indemnización moratoria:

Finalmente acota la Sala que no resulta procedente el pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T., toda vez que el actor confesó haberse negado a recibir la liquidación definitiva de prestaciones sociales, procediendo el empleador a verificar el pago por consignación, lo cual también se confesó le fue comunicado, motivo por el cual no se avizora una conducta de mala fe patronal.

Por todas las razones anotadas, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

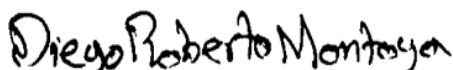
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 24 2014 00616 01
Demandante: CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ
Demandado: PORVENIR S.A. Y OTROS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ, formuló demanda Ordinaria en contra de PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del bono pensional y/o indemnización sustitutiva con ocasión del fallecimiento de su hijo MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ. Asimismo, se declare que tanto ella como ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO RAMÍREZ, quien es hermana discapacitada del fallecido, son las únicas beneficiarias del causante.

Por consiguiente, se le condene a la encartada al reconocimiento y pago del bono pensional y/o indemnización sustitutiva, por lo que deberá proceder a efectuar la respectiva liquidación y cancelación, junto con los intereses moratorios a la tasa estipulada en el artículo 884 del Código de Comercio, es

decir, al doble interés bancario vigente causados desde el fallecimiento del causante y lo que se declare *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el causante MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ (q.e.p.d.), era su hijo y a su vez hermano de ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO RAMÍREZ, última quien padece de discapacidad mental absoluta y declarada interdicta mediante sentencia judicial. Que el fallecido convivió con ella y su hermana durante los últimos diez años de su vida, de ahí que los tres hubiesen conformado una familia y núcleo familiar.

Indicó que vivían en esta ciudad y que MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ falleció el 18 de enero de 2008, así como que del trabajo del fallecido dependía tanto ella como ÁNGELA JACKELINE GUERRERO RAMÍREZ. Que el causante nunca convivió con su cónyuge CLEMENTINA SÁNCHEZ, ni hizo vida conyugal ni marital de hecho durante los últimos 21 años a la fecha de su deceso.

Relató que el causante mediante reconocimiento de documento privado adiado el 3 de abril de 2007 y autenticado ante Notaría, dejó consignado que la única autorizada y beneficiaria de las prestaciones y acreencias laborales era ella, arguyendo además, arguyendo que fue quien atendió los gastos funerales y exequiales de su hijo fallecido

Que solicitó el derecho ante la encartada a través de diferentes solicitudes el cual le fue negado, así como que tanto la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ y GLORIA INÉS RESTREPO RINCÓN presentaron solicitud, a quienes también se les negó la prestación.

Por último, destacó que el causante tuvo dos hijos con la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ de nombres MILENA DURR SÁNCHEZ y MAX DURR SÁNCHEZ, quienes a la fecha del deceso contaban con 37 y 25 años respectivamente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El Juzgado mediante auto fechado el 13 de marzo de 2015 (Fls. 61 a 62), admitió la demanda e integró como litis consorte a las señoras CLEMENTINA SÁNCHEZ y GLORIA INÉS RESTREPO RINCÓN.

En virtud de ello, PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la actora en calidad de madre y ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO como hermana del causante, no tienen la calidad de beneficiarias de la devolución de saldos, en tanto la única beneficiaria de la prestación es la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR quien era su cónyuge al momento del deceso, y demostró convivencia con aquél por más de cinco años sin ser relevante que no hayan sido previos al fallecimiento conforme lo ha adocinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y según lo regulado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Que tampoco el causante dejó acreditada la pensión de sobrevivientes, como quiera que no cotizó 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a su deceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Formuló las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, buena fe, innominada o genérica y prescripción.

La integrada en litis señora GLORIA INÉS RESTREPO RINCÓN se notificó en forma personal de la demanda, sin que haya aportado escrito alguno, por lo que mediante proveído del 14 de julio de 2015 se tuvo por no contestada la demanda.

Por su parte, la integrada en litis señora CLEMENTINA SÁNCHEZ NAVARRETE, fue representada mediante curador *ad litem*, quien contestó la demanda argumentando que no encuentra medios de oposición alguno, no constándole ninguno de los supuestos fácticos enlistados en el escrito demandatorio. No formuló excepciones.

En audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S. llevada a cabo el día 6 de marzo de 2019, la *a-quo* integró como litis consorte necesaria por activa a ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO RAMÍREZ bajo el entendido que si bien la demandante es la curadora por sentencia judicial como así se acreditó dentro del proceso, debió indicarse en el líbello demandatorio que ÁNGELA JAQUELINE perseguía los mismos derechos de la actora. Por tal razón, la integrada, a través de su curadora señora CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ y representada mediante apoderada, formuló demanda ordinaria en contra de PORVENIR S.A., solicitando en calidad de hermana del causante señor MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ, el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva y/o bono pensional al que dice tener derecho desde el momento de su fallecimiento, así como que no existen más beneficiarios a perseguir el derecho aquí perseguido, junto con los intereses moratorios y costas y agencias en derecho.

Como consecuencia de lo anterior, PORVENIR S.A. contestó la demanda de ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO RAMÍREZ, insistiendo que no es merecedora de lo pretendido.

Propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, buena fe, innominada o genérica y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, declaró probadas las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas formuladas por PROVENIR S.A., absolviéndola de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que, de conformidad con las probanzas arrojadas al plenario, quedó demostrado que el fallecido no

dejó causado el requisito pensional de la pensión de sobrevivientes en los términos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Que tampoco fue objeto de discusión que PORVENIR S.A. el 19 de noviembre de 2013 le efectuó a la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DUR una devolución de saldos como consecuencia del fallecimiento de MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ por valor de \$176.245.589, equivalente al 100%.

Frente a los derechos pensionales pretendidos por la demandante señora CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ en calidad de madre y ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO en calidad de hermana discapacitada, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, que modificó el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no debía existir cónyuge o compañera permanente, hijos o padres respectivamente.

Que la demandada el 12 de abril de 2013 le manifestó a la señora GLORIA INÉS RESTREPO RINCÓN que no acreditaba el derecho por cuanto la autoridad judicial no declaró la unión marital de hecho con el fallecido.

Por tal razón, y al haber encontrado PORVENIR S.A. como beneficiaria de la devolución de saldos a la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR en calidad de cónyuge, no queda duda que existió otra persona con mayor derecho de la prestación que persiguen CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ y ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO, máxime si se tiene en cuenta que como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cónyuge puede acreditar el requisito de la convivencia con el causante durante cinco años en cualquier tiempo, y como da cuenta el Registro de Matrimonio de la pareja, es evidente que contrajeron nupcias el 13 de agosto de 1971, vínculo que se encontraba vigente a la fecha del deceso por cuanto su contenido no arroja alguna nota marginal de liquidación o disolución de la sociedad conyugal.

Que en lo que respecta a la convivencia como pareja, la misma se acreditó con una declaración extra proceso que da cuenta una convivencia permanente e ininterrumpida con el fallecido durante dieciséis años, sumado a que la actora en su interrogatorio de parte expuso que la convivencia de la pareja lo fue por

lo menos durante cinco años, razón por la que al encontrarse la cónyuge con mayor derecho fue que negó los derechos deprecados por las demandantes.

De otra arte, en el testimonio de MARÍA LEONOR PRIETO GONZÁLEZ expuso que tuvo una relación de pareja con el causante durante los últimos tres años de vida de este, y tenía conocimiento de que el causante era casado y que a pesar de haberse separado no lo hizo legalmente, no conoció personalmente a la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ, exponiendo a su vez que tuvo conocimiento que durante los últimos años de vida el señor MARIO ENRIQUE no convivió con su esposa.

JORGE DANIEL GALVIS GUERRERO, nieto de la señora CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ y sobrino se ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO y el causante, adujo que su tío estuvo casado porque tiene unos primos, creyendo que se separaron antes de que él como testigo naciera porque no conoce a la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ.

La demandante señora CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ, manifestó en su interrogatorio de parte que su hijo estuvo casado con la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ, quienes contrajeron nupcias aproximadamente en el año de 1972 y que la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ abandonó a su hijo en el año de 1988.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Las demandantes apelaron la decisión. Argumentaron que de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de los derechos deprecados.

Que conforme lo ha adocinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR no acreditó la convivencia con el causante durante cinco años, tanto así que transcurrieron más de veinte años que no se tuvo información sobre su paradero, y fue solo hasta el fallecimiento de MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ que reclamó ante PORVENIR S.A. la prestación económica.

Argumentaron que también se cumple con el requisito de la dependencia económica de ellas respecto del causante, aspecto que no fue analizada por la falladora de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si a la señora CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ y ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO RAMÍREZ, en calidad de madre y hermana discapacitada del causante MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos pretendida como afiliado a PORVENIR S.A., junto con los respectivos intereses moratorios.

En virtud de lo anterior, igualmente se deberá verificar se les asiste el derecho a las señoras CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR y GLORIA INÉS RESTREPO RINCÓN, quienes en el transcurrir del trámite procesal se integraron como litis consorte.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar el problema jurídico principal, advierte la Sala que no fue objeto de reproche que el señor MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ falleció el 18 de enero de 2008 como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fl. 17).

Tampoco el hecho que PORVENIR S.A. el 19 de noviembre de 2013 efectuó un pago a la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR en calidad de cónyuge por

valor de \$176.245.859, como consecuencia del saldo existente que tenía el causante en su cuenta de Ahorro Individual (Fl. 154), así como el fallecido no dejó causados los requisitos de la pensión de sobrevivientes, prueba de ello lo es el documento emitido por la administradora pensional con destino a la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR el 29 de octubre de 2013, donde se le manifiesta que el señor MARIO ENRIQUE no acreditó 50 semanas durante los tres años inmediatamente anteriores a su deceso según los preceptos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 (Fl. 157), aspecto que se acompasa con la historia laboral de PORVENIR S.A. (Fl. 104 a 110).

Esto implica que, al no ostentarse el requisito pensional para el estudio de la pensión de sobrevivientes, se analice la devolución de saldos pretendida.

Ahora bien, la devolución de saldos se encuentra regulada en el artículo 78 de la Ley 100 de 1993, que establece:

“ARTÍCULO 78. DEVOLUCIÓN DE SALDOS. *Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a este hubiera lugar.”*

Así las cosas, para resolver el asunto que nos ocupa, es menester traer a colación el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual regula los requisitos para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto con el fin de determinar a quién le asiste mejor derecho para percibir la devolución de saldos según el precepto normativo:

“ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *<Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>*

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de este.

PARÁGRAFO. *Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.”*

Como se advierte del precepto normativo en comento, para que las aquí demandantes CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ y ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO RAMÍREZ, en calidad de madre y hermana del causante respectivamente, puedan percibir la prestación reclamada, no debe existir cónyuge, compañera permanente o hijos del fallecido como quiera que es clara la norma en mencionar que estos vendrían a ser en inicio los primeros llamados a percibir el derecho.

En tal sentido, procede la Sala a verificar si dentro del presente asunto existen personas con mejor derecho que las demandantes, iterando que al juicio fueron llamadas como litis consorte las señoras CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR en calidad de cónyuge del causante, y la señora GLORIA INÉS RESTREPO RINCÓN, en su calidad de compañera permanente del fallecido.

Al respecto, debe advertirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En lo que concierne a la señora GLORIA INÉS RESTREPO RINCÓN, en calidad de compañera permanente, se aprecia que PORVENIR S.A. el 12 de abril de 2013 le comunicó la negativa a la solicitud de devolución de saldos que interpusiera (Fl. 154), con el argumento que tal calidad no la logró demostrar en tanto, el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia donde no se declaró la unión marital de hecho con el fallecido.

Sobre este aspecto, se rememora que si bien la señora GLORIA INÉS RESTREPO RINCÓN se notificó de manera personal de esta demanda el 22 de abril de 2015 (Fl. 67), no allegó escrito alguno, de ahí que se le hubiese tenido por no contestada la misma; circunstancia por la cual, de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 2º artículo 31 del C.P.T. y de la S.S. la falta de contestación de la demanda se tiene como indicio grave en su contra, tópico por el que puede colegir la Sala que al no existir prueba fehaciente que demuestre la convivencia dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso del causante, a la señora GLORIA INÉS RESTREPO no le asiste derecho a la devolución de saldos.

En lo que respecta a la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR, reclama el derecho en calidad de cónyuge del causante, dándose fe de ello del Registro Civil de Matrimonio visible a folio 103, el cual demuestra que la pareja contrajo nupcias el 13 de agosto de 1971, sin que dicho vínculo se haya disuelto. Frente al tema, en sentencia SL3938-2020, Radicación No. 71764 del 14 de octubre de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia hizo un análisis sobre la postura que ha venido manteniendo respecto de los cónyuges, enfatizando que estos cuando se separan de hecho, ostentan el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, siempre que acrediten convivencia por un lapso no inferior a cinco años en cualquier época, al respecto mencionó:

“Fluye de lo plasmado en precedencia que el Tribunal no pudo incurrir en la transgresión normativa que se le endilga, pues a pesar de que la sociedad conyugal que existió entre Blanca Gómez de Méndez y Gustavo Méndez Gómez fue disuelta y liquidada, lo cierto es que la unión conyugal persistió hasta la muerte de este, en la medida en que no medió divorcio que así lo dispusiera.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

No escapa a la Sala que, mediante sentencia CC C-515-2019, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple de la expresión «con la cual existe la sociedad conyugal vigente», contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En las consideraciones de esa providencia sostuvo que el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea.

Con todo, tal criterio ubica a la pensión de sobrevivientes, sin más, dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio. En cambio, la actual tesis de esta Corporación entiende que el fundamento de la prestación por muerte, en estos casos, es la vigencia de la unión conyugal, precisamente porque la pensión se ubica dentro de los efectos personales del matrimonio.

Ello viene corroborado con el hecho que lo que da lugar a la prestación es la comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, «la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245, y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, CSJ SL7299-2015, CSJ SL1399-2018).

Y es que el matrimonio genera unos derechos y obligaciones que no se extinguen con la separación de hecho ni con la disolución de la sociedad conyugal, sino solo con su nulidad, el divorcio, o la muerte de uno de los consortes. Por ejemplo, el deber de socorro y ayuda mutua «en todas las circunstancias de la vida» no desaparece cuando los cónyuges se separan de hecho, como tampoco cuando liquidan la sociedad conyugal, por manera que el matrimonio sigue produciendo efectos personales, independientemente de las decisiones de los cónyuges acerca de la sociedad patrimonial que se genera con su unión.

De otro lado, la jurisprudencia consolidada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia optimiza el principio de solidaridad, pues no se olvida del rol del cónyuge supérstite que convivió no menos de 5 años con el causante, en la construcción de la prestación que, a la postre, le fue reconocida al trabajador.”

Como ya se advirtió, el 19 de noviembre de 2013, PORVENIR S.A. reconoció la devolución de saldos a la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DUR en calidad de cónyuge del fallecido por valor de \$176.245.859 (Fl. 159).

En el transcurrir del trámite procesal, se recaudó el testimonio de MARÍA LEONOR PRIETO GONZÁLEZ, quien expuso que tuvo una relación de pareja con el causante durante los últimos tres años de vida, y tenía conocimiento de que el causante era casado y que a pesar de haberse separado no lo hizo legalmente, no conoció personalmente a la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE

DURR, exponiendo a su vez que tuvo conocimiento que durante los últimos años de vida el señor MARIO ENRIQUE no convivió con su cónyuge CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR.

El testigo JORGE DANIEL GALVIS GUERRERO, nieto de la señora CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ y sobrino de ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO RAMÍREZ y del causante, adujo que su tío estuvo casado porque tiene unos primos, creyendo que este se separó con la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR antes de que él como testigo naciera porque no conoce a la señora.

Por su parte, la demandante señora CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ, manifestó en su interrogatorio de parte que su hijo estuvo casado con la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR, quienes contrajeron nupcias aproximadamente en el año de 1972 y que la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR abandonó a su hijo en el año de 1988.

Además, PORVENIR S.A. allegó una declaración extra proceso que efectuara CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DUR ante la Notaría Sesenta y Ocho del Círculo de Bogotá el 9 de marzo de 2013 (Fl. 153), donde la señora manifestó que estuvo casada con el señor MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ, quien falleció el 18 de enero de 2008, y que como pareja convivieron de manera permanente e ininterrumpida durante 16 años, contrajeron matrimonio el 13 de agosto de 1971, compartieron techo, lecho y mesa hasta el año de 1987 cuando se separaron de hecho, y que de dicha unión procrearon dos hijos que son mayores de edad de nombres FRIDA IKLENA DURR SÁNCHEZ y MAX DURR SÁNCHEZ.

Igualmente, reposa declaración juramentada que en vida efectuara el fallecido señor MARIO ENRIQUE DURR RAMÍREZ el 3 de abril de 2007, manifestando que durante los últimos diez años ha vivido en unión familiar con las demandantes CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ y ÁNGELA JAQUELINE GUERRERO RAMÍREZ quienes son su madre y hermana, las cuales dependen económicamente de él, así como que las autoriza como beneficiarias universales de todas las prestaciones y acreencias que se encuentren a su nombre (Fl. 30).

Asimismo, obra declaración extra proceso rendida por la señora MARÍA INÉS CADENA ROMERO el 30 de mayo de 2008, donde indicó que conoció en vida al causante desde el año 2002 por cuanto hacía construcciones y remodelaciones en su finca, sin que hiciera vida marital con otra persona ya que siempre convivió con su madre CECILIA RAMÍREZ (Fl. 18). Obra declaración extra proceso realizada por la señora MARTHA DEL PILAR ZULUAGA MEJÍA el día 4 de abril de 2008, la cual expuso que conoció al causante hacía siete años, por lo que vivía con su madre y no le conoció pareja alguna (Fl. 19).

Del caudal probatorio analizado, puede concluirse que en atención de las reglas doctrinales emanadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del presente asunto existió una persona con mayor derecho a percibir la devolución de saldos que las demandante, pues resulta palmario que si bien la cónyuge CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR convivió con el fallecido por lo menos durante sus últimos diez años de vida, sí se acreditó la convivencia de cinco años en cualquier tiempo.

Lo anterior, por cuanto incluso fue la misma demandante y madre del fallecido, señora CECILIA RAMÍREZ MARTÍNEZ, quien indicó que la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR y el causante se casaron en el año de 1972, quienes mantuvieron afectos hasta el año de 1988 cuando la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR culminó la convivencia.

La convivencia analizada en precedencia, se sopesa con el hecho que a pesar que existieron declaraciones extra proceso del causante, MARÍA INÉS CADENA ROMERO, MARTHA DEL PILAR ZULUAGA MEJÍA y EFRAÍN ARGUMERO ÁLVAREZ que dan cuenta que en efecto las aquí demandantes convivieron con el fallecido por lo menos durante los últimos diez años anteriores a su fallecimiento, no puede pretenderse que por tal circunstancia la señora CLEMENTINA SÁNCHEZ DE DURR no sea la persona beneficiaria con mejor derecho para ostentar la prestación, como quiera que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, es clara en preservar en primer lugar a la cónyuge para la adquisición de este derecho, preceptos que ha sostenido el Órgano de cierre.



Por tal razón, las demandantes MARÍA INÉS CADENA ROMERO, MARTHA DEL PILAR ZULUAGA MEJÍA y EFRAÍN ARGUMERO ÁLVAREZ no son beneficiarias de la devolución de saldos y en tal sentido, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

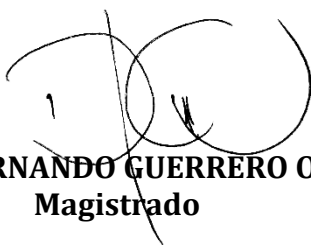
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

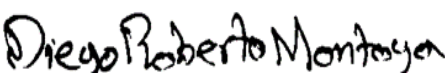
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

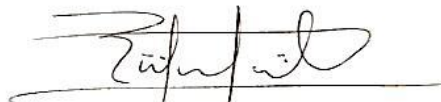
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020