



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 **12 2018 00474 01**
Demandante: JOSE MARIA MALLARINO ISAZA
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y COLFONDOS, en contra de la sentencia proferida el 6 de abril del 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSE MARIA MALLARINO ISAZA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de mayo de 1994 ante COLFONDOS S.A.; en consecuencia, se ordene a la AFP COLFONDOS S.A. a retornar al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

todos sus frutos e intereses, y a su vez se ordene a COLPENSIONES a recibir al demandante en el régimen pensional que administra.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo que nació el 12 de marzo de 1957 y se afilió inicialmente a COLPENSIONES, entidad para la cual cotizó hasta el mes de mayo de 1994, cuando fue abordado por los asesores de la AFP COLFONDOS S.A., siendo acosado de forma sistemática, ofreciéndole mediante engaños beneficios superiores a los que podría obtener, por lo cual advierte se presenta una falta al deber de información.

Señala que en la actualidad tiene cotizadas 1459 semanas, por lo cual el 12 de junio de 2018 radicó derecho de petición ante COLFONDOS S.A. en el cual solicitó el traslado de régimen, lo cual se desató de manera desfavorable.

Así mismo, el 14 de junio del 2018 presentó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la declaratoria de nulidad del traslado de régimen, lo que denegada en respuesta del 19 de junio del 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, toda vez que es la administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es COLFONDOS S.A., quien debía cumplir el deber de información e informar al accionante sobre la procedencia o no de sus solicitudes.

Propuso las excepciones las de 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 y la genérica.

Por su parte COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones en tanto alega que el contrato suscrito con el demandante es válido y produjo efectos jurídicos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

teniendo en cuenta que en el acto del traslado confluyeron todos los elementos para su existencia y validez.

Formuló las excepciones denominadas validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicios del consentimiento, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de abril del 2021, declaró la ineficacia de la relación jurídica de afiliación y cotización del demandante celebrada con COLFONDOS S.A. el 13 de mayo de 1994; condenó a la AFP a devolver los saldos aportes y rendimientos del demandante a COLPENSIONES, ordenó a esta última aceptar el traslado del demandante y a recibir el monto de los aportes, saldos, rendimientos y gastos de administración.

Como sustento de su decisión señaló que el deber de información se reguló desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el cual ha evolucionado con el transcurso del tiempo, lo cual no obsta para su cumplimiento en el traslado de régimen pensional; de otra parte, que la carga probatoria recae sobre la parte demandada, sin que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación sea suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información.

Refiere que en el caso en concreto no se acreditó el cumplimiento del deber de información, toda vez que desde el formulario de afiliación el No. 091990 del 13 de mayo de 1994, no se le indicaron al afiliado las condiciones, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo cual resulta procedente declarar la ineficacia de tal acto jurídico, con la consecuente devolución de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLPENSIONES interpone recurso de apelación en el que en suma indica que si se verifica cuáles eran los requisitos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y los condicionamientos normativos vigentes para el año 1994, momento en el cual el demandante efectuó el traslado de régimen pensional, se hubiese llegado a la conclusión que el acto de traslado fue válido y realizado como ejercicio de la libre escogencia de régimen pensional, conforme lo prevé el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Argumenta que para el año 1994, cuando operó el traslado, no existía la obligación de documentar la asesoría, por lo cual la única prueba admisible sería el formulario de afiliación, máxime que no es de recibo estimar una suscripción sin la debida asesoría, lo cual además fue confesado por el demandante, al señalar que rubricó de forma libre y voluntaria el formulario de vinculación.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que la asesoría exigible únicamente atendía a la obligación de informar las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mas en ningún momento se imponía la obligación de efectuar escenarios comparativos ni simulaciones o proyecciones pensionales, sin que se haya acreditado ningún perjuicio, más allá de que el demandante no cumpla con la expectativa pensional que tenía.

Subsidiariamente, solicita la adición en el sentido que se condene a la devolución de los pagos efectuados al fondo de garantía de pensión mínima y por concepto de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y que todos los conceptos sean trasladados debidamente indexados.

A su turno COLFONDOS S.A. en su apelación refiere que no es dable disponer la devolución de los gastos de administración que fueron descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, ello en tanto es una pretensión que no fue deprecada por activa, quien basó su inconformidad exclusivamente en las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, específicamente, la forma en cómo se liquida su pensión de vejez; de otra parte, por cuanto deben tenerse en cuenta las denominadas restituciones mutuas, ello por cuanto el actor se ha lucrado con los rendimientos, por lo cual una condena en tal sentido implica un enriquecimiento sin justa causa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adicionalmente, por cuanto la Ley 100 de 1993, es clara en autorizar el descuento de este emolumento a favor de la demandada, siendo que el actor recibió los extractos correspondientes sin que existiera algún tipo de reclamación al respecto.

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; en caso afirmativo, si se debe verificar la devolución indexada de los emolumentos causados en virtud del traslado de régimen.

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.

Así mismo, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 el actor el 3 de mayo de 1994 a COLFONDOS S.A. (Fl. 153), 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 adecuada, pues si bien acepta que se afilió de forma libre y voluntaria el 14 de mayo de 1994, no existe confesión alguna sobre el cumplimiento del deber de información, al referir solo que fue abordado por asesores del fondo privado, sin que refiera que en efecto, le fuera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suministrada la información pertinente a efectos de adoptar una decisión libre y voluntaria.

De tal manera que le asiste razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, se tiene que al *a-quo* ordenó la “*devolución de saldos y rendimientos [...] así como también ordenar la devolución de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades*”, por lo cual se modificará la decisión de primer grado a efectos de incluir además los seguros previsionales, y en general, cualquier emolumento que se haya generado con ocasión de la afiliación a la AFP.

De otra parte, frente a la indexación de los conceptos a reintegrar, tal aspecto resulta procedente. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL3207-2020, Radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, señaló:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

“Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.

Motivo por el cual se modificará en tal aspecto la decisión de primer grado, teniendo en cuenta que la indexación busca solucionar la depreciación de los montos cobrados por los conceptos antes señalados, ante el transcurso del tiempo.

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

Como corolario de lo anterior se modificará 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 el ordinal segundo de la sentencia proferida el 6 de abril del 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que COLFONDOS S.A debe devolver a COLPENSIONES los saldos, aportes y rendimientos que tenga el demandante con todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, incluyendo cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración debidamente indexados, sin descontar suma alguna por ningún concepto.

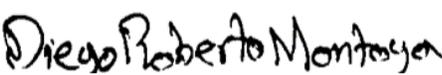
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

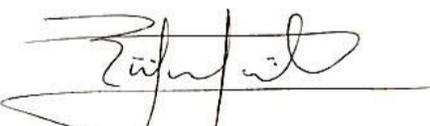
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 **12 2019 00702 01**
Demandante: PAULA ANDREA BOCANEGRA OSORIO
Demandado: SISTEMCOBRO S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 6 de mayo de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

AUTO

Previo a abordar el estudio del recurso de apelación interpuesto por la demandante, dentro de los mismos argumentos allí esbozados, solicita que en segunda instancia se decreten los testimonios de DIANA CASALLAS y LILIANA SANTAFE quienes son trabajadoras al servicio de la demandada, con la finalidad que expliquen lo sucedido en las reuniones, más exactamente lo atinente a si existían unas metas individuales, un reporte de metas y a quienes se le entregaba dicha información con posterioridad, ya que el Representante Legal de la encartada manifestó en su interrogatorio de parte que desconocía esas situaciones.

De entrada se advierte que se debe denegar tal solicitud, debido a que de conformidad con lo establecido en el artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., las partes no pueden solicitar pruebas en segunda instancia cuando no sean pedidas ni decretadas en la primera, tópico que se configura dentro de este trámite como quiera que analizado en su integridad el expediente como las pruebas surtidas,



se puede corroborar que la parte demandante en ningún momento solicitó en forma primigenia la práctica de los testimonios de las señoras DIANA CASALLAS y LILIANA SANTAFE, por lo que no puede pretender incorporar nuevas pruebas de manera extemporánea basado en el argumento de que no logró que el Representante Legal de la encartada emitiera algún pronunciamiento.

Por ello, lo solicitado por la parte demandante no resulta procedente, toda vez que debió solicitar el decreto de la prueba testimonial en la oportunidad procesal pertinente en primera instancia, sin desconocerse que de decretarse se estaría afectando el principio al debido proceso.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora PAULA ANDREA BOCANEGRA OSORIO formuló demanda ordinaria laboral en contra de SISTEMCOBRO S.A.S., con la finalidad que se declare que existió como medio vinculante un contrato de trabajo escrito a término indefinido por el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2016 y el 21 de mayo de 2018. Igualmente, se declare que la encartada no realizó los respectivos aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, así como que se presentó una ineficacia en el finiquito del contrato con ocasión de la mora en el pago de dichos aportes, de ahí que la pasiva haya actuado de mala fe.

Así mismo, se declare que su salario para los años 2017 y 2018 estuvo conformado por el salario básico, subsidio de transporte, gratificación no salarial, horas extras y recargos, y que la demandada no pagó de manera completa la prima de servicios, cesantías y los intereses a las cesantías para las correspondientes anualidades, por lo que se le debe aplicar la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo.

En tal sentido, se le condene a la encartada a reliquidar la prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con SISTEMCOBRO S.A.S. por el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2016 y el 21 de mayo de 2018, desempeñando un horario de lunes a sábado en el cargo de Asesor IV en la ciudad de Bogotá D.C.

Que las funciones desempeñadas consistieron en contactar a los deudores de la empresa que el aplicativo le asignaba automáticamente, así como a los deudores que eran asignados directamente por el líder de grupo en una base de Excel, celebrar acuerdos de pago con los deudores, presentar proyección de recaudo y recaudar la cartera.

Seguidamente indicó que contaba con una tabla de comisiones conocida por todos los trabajadores y que el pago de esa supuesta gratificación salarial se encontraba sujeta al cumplimiento de metas de recaudo, de ahí que el pago de esa gratificación fuera como consecuencia de la retribución directa del servicio prestado.

Sostuvo que la encartada ha despedido trabajadores por el hecho de no generar comisiones aunado a que actuó bajo la constante subordinación de la demandada, instrucciones y demás directrices impartidas.

Por último, indicó que la demandada hasta la fecha de presentación de la demanda no realizó los respectivos aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales incluyendo los factores salariales realmente devengados, misma situación que ocurrió con la prima de servicios, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

SISTEMCOBRO S.A.S. contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la modalidad del contrato de trabajo suscrito con la demandante fue por obra o labor contratada,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vínculo en virtud del cual se cancelaron de manera completa y oportuna las acreencias laborales, el que además finalizó en virtud de la renuncia presentada por la trabajadora.

Adujo que las gratificaciones no salariales dadas a la demandante no eran retributivas de la prestación del servicio, y la forma de calcularse estaban atadas a los resultados colectivos de todas las campañas, sin que se calcularan por la labor individualizada del trabajador.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación, buena fe, prescripción, cobro de lo debido, renuncia no conlleva indemnización, base de liquidación de las acreencias laborales, la renuncia no genera la ineficacia de la terminación del contrato, beneficios por resultados colectivos no son constitutivos de salario, mala fe de la parte actora e innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de mayo de 2021 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que el contrato de trabajo que suscribieron las partes se pactó por duración de obra o labor contratada, vínculo que tuvo una duración por el periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2016 y el 21 de mayo de 2018, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de Asesor IV, y que culminó como consecuencia de la renuncia de la trabajadora.

Que no fue objeto de reproche que el salario básico de la demandante ascendió a la suma de \$900.000, que en la liquidación se incluía el auxilio de transporte, así como que el servicio desempeñado lo desarrolló en el área de *Trust & Service*.

Adujo que si bien dentro del plenario obran desprendibles de nómina quincenales, que era la forma en que se le pagaba el salario a la demandante, y



que en algunas de ellas se encuentra el concepto denominado “*Gratificación no salarial*” el cual se pagó durante la primera quincena de agosto de 2017, primera quincena de septiembre de 2017, segunda quincena de septiembre de 2017, primera quincena de noviembre de 2017, primera quincena de enero de 2018, primera quincena de marzo de 2018 y primera quincena del mes de mayo de 2018, tal emolumento no constituyó factor salarial como quiera que la actora hace relación en la demanda a una escala de comisiones las cuales no se acreditaron dentro del plenario, como tampoco se estableció de la prueba testimonial y declaraciones de parte recaudadas, si la comisión por recaudo tenía una tarifa por porcentaje, por caso, volumen o circunstancias semejantes que pudiesen calcular por parte del Despacho cuales eran las presuntas comisiones.

Igualmente sostuvo que el cálculo de las comisiones no fue habitual sino de carácter ocasional, pues de las pruebas no se establece en algún parámetro de como se hizo el cálculo de esa gratificación no salarial.

Que tampoco puede catalogarse que el concepto denominado “*Gratificación no salarial*” fuese parte de comisiones, en tanto analizado el contrato de trabajo, el mismo no contempla un pacto de exclusión salarial o sobre algún tipo de comisiones que constituyera factor salarial a la luz del artículo 127 del C.S.T. y los postulados jurisprudenciales, por lo que al no haberse acreditado por la demandante lo de su cargo, absolvió de las súplicas de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Argumentó que el artículo 127 del C.S.T. preceptúa que constituye salario lo que se devengue como consecuencia directa de la contraprestación directa del servicio, de ahí que durante la relación laboral el actor causó comisiones disfrazadas bajo el concepto de gratificaciones no salariales y, por ende, se puede concluir que existe derecho al pago completo del salario.

Resaltó que atendiendo lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con Radicaciones Nos. 13707 de 2016 y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SL8216 de 2016, reiteradas en la sentencia SL2420 de 2018, la condición de que un pago constituya o no salario no depende de la denominación que le hayan dado las partes en el acto de creación, sino de la inequívoca condición que se pague para retribuir el servicio del trabajador, máxime si se tiene en cuenta que la prueba de la habitualidad no es suficiente para restarle mérito a la cláusula de exclusión de efectos salariales, lo cual además se extrae de la prueba testimonial.

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 habrá de determinar si el concepto denominado gratificaciones no salariales constituye factor salarial a favor de la aquí demandante como consecuencia del contrato de trabajo celebrado entre las partes.

De proceder lo anterior, la Sala auscultará como segundo problema jurídico si resulta procedente la reliquidación de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social de la demandante, prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por la no consignación de la totalidad de las cesantías en el correspondiente fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.S.T.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor por el periodo



comprendido entre el 5 de mayo de 2016 y el 21 de mayo de 2018, vínculo en el que la demandante desempeñó el cargo de Asesor IV, con una retribución básica salarial mensual en la suma de \$900.000, prueba de ello lo es el contrato de trabajo allegado en medio magnético, la renuncia presentada por la demandante junto con la aceptación a la misma, así como la liquidación final de prestaciones sociales.

Ahora, como se sostuvo en el planteamiento del problema jurídico principal, la parte demandante argumenta en su recurso de alzada que el pago denominado gratificación no salarial en efecto hizo parte del salario.

Pues bien, dentro de las pruebas documentales aportadas al plenario, se aprecia que obran comprobantes de nómina generadas por la encartada a la actora de manera quincenal, que dan cuenta que laboró en el área *Trust & Services*, nóminas comprendidas desde la primera quincena del mes de noviembre de 2016 hasta la primera quincena del mes de mayo de 2018, y los desprendibles de prima de servicios del año 2017 (Fls 14 a 49 y 50 a 51). En dichas documentales puede apreciarse que el concepto gratificación no salarial lo percibió la actora durante el siguiente tiempo:

PAGO DENOMINADO GRATIFICACIONES NO SALARIALES			
AÑO	MES	QUINCENA	VALOR PAGADO
2017	ENERO	PRIMERA	\$ 224.617
	ENERO	SEGUNDA	\$ 32.813
	MARZO	PRIMERA	\$ 1.135.836
	ABRIL	PRIMERA	\$ 1.034.425
	MAYO	PRIMERA	\$ 643.376
	AGOSTO	PRIMERA	\$ 289.946
	SEPTIEMBRE	PRIMERA	\$ 130.000
	SEPTIEMBRE	SEGUNDA	\$ 480.598
	NOVIEMBRE	PRIMERA	\$ 1.435.896
2018	ENERO	PRIMERA	\$ 198.177
	MARZO	PRIMERA	\$ 308.194
	MAYO	PRIMERA	\$ 181.460

Ahora bien, en el supuesto fáctico de la demanda se adujo que dichos rubros correspondían a comisiones, y que los mismos constituyen factor salarial.

En lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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).

“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.

Como puede apreciarse de los supuestos fácticos de la demanda, la demandante hace relación a una tabla de comisiones, no obstante la misma no fue acreditada dentro del plenario, adicional a que, tanto de los interrogatorios de parte



practicados junto con los testimonios, no se pudo demostrar si la comisión por recaudo gozaba de una tarifa porcentual dependiendo a la actividad desempeñada por la demandante, como por ejemplo que esa tarifa tuviera que darse por resultados, volumen del recaudo, entre otros factores que enrostrarán la forma de liquidar las presuntas comisiones.

En este punto, la Sala deja asentado que como lo expuso el Representante Legal de la demandada en el interrogatorio de parte, en concordancia con las declaraciones de las señoras PAULA LUCÍA BECERRA CONEJO y LINA ROICÍO AROCA, quienes son la Gerente de Talento Humano y Tesorera de la empresa respectivamente, declaraciones a las que se les asigna plena credibilidad en razón de su espontaneidad, el concepto denominado gratificación no salarial se daba en forma grupal tanto para la campaña en la que se desempeñaba la actora que era la de *Trust & Services* como para las demás campañas que manejaba la empresa dependiendo de los portafolios de recaudo que tuviese la empresa con los diferentes clientes, circunstancia por la cual, su pago no dependía de la obligatoriedad en el cumplimiento de metas establecidas de manera individual por cada trabajador, lo cual además, no se acreditó por ningún medio probatorio, ya que, se reitera, se hizo alusión en la demanda a una tabla de comisiones que la empresa manejaba en forma individual para ella, tópico que se itera no fue acreditado documental ni testimonialmente.

En efecto, en el interrogatorio de parte de la demandante, quien manifestó que es Administradora Turística y Hotelera, refirió no recordar si con la suscripción del contrato de trabajo se estableció algún concepto de comisiones, así como que se le pagó una gratificación no salarial explicándosele que la misma no constituía factor salarial, aclarando que la misma corresponde a comisiones de recaudo mes a mes que la empresa le otorgaba directamente y que en algunos meses no se comisionó en virtud a que no se cumplía con la meta impuesta por la encartada.

Por su parte, el Representante Legal de la demandada, señor EDGAR VITERY DUARTE, expuso que el salario de la demandante era fijo, desempeñando su labor en una campaña denominada *Trust & Services* en el cargo de Asesora de Cobranza, siendo sus funciones el contactar a los clientes deudores de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

obligaciones para conseguir el recaudo y el pago oportuno de lo adeudado, siendo los recaudos de la compañía generales, por campaña y por gestión global, y precisamente sobre el recaudo global es que se establece si la empresa efectuó o no recuperación general de cada una de las campañas, por lo cual, dentro de las condiciones de remuneración existe un concepto denominado gratificación no salarial, la cual se computa de acuerdo con el resultado global y colectivo de la compañía para todas las campañas, gratificación que en algunas ocasiones se le pagó a la demandante, reiterando que dependía del resultado recaudado en la campaña de forma global.

Lo anterior fue corroborado por la testigo PAULA LUCÍA BECERRA CORNEJO, quien expuso que es Contadora Pública con especialización en Maestría en Gerencia de Talento Humano, siendo la Gerente de Talento Humano y Administrativo de la demandada, al referir que el salario de la demandante consistía en un básico de \$900.000 y que en algún momento de la relación laboral a la actora se le solucionó un concepto denominado gratificaciones, consistente en que como trabajadores tienen unos beneficios extralegales no salariales que corresponden a lo recaudados de manera global en una campaña, lo cual se aplicó a la denominada *Trust & Services*.

Expuso además, que para la entrega de las gratificaciones no se determinaba el rendimiento de cada persona, reiterando que esos beneficios se dan de manera grupal, por lo que no son destinados a determinada persona o a su desempeño.

Por último, mencionó que en la campaña *Trust & Services* no existía una tabla de comisiones ya que la empresa no las paga de manera individual.

Por su parte la testigo LINA ROICÍO AROCA, sostuvo que es Administradora Financiera y ocupa el cargo de Tesorera en la empresa demandante. Adujo que conoce el concepto de gratificaciones y se asignan de forma global y por campaña general dependiendo de las metas generales de recaudo de la empresa en una determinada campaña.

Que cuando se cumplen las metas ese pago de gratificaciones se les da a las personas que hagan parte de ese grupo, sin que el rubro sea un concepto que



constituya salario como quiera que en el contrato de cada trabajador se establece cuál es el salario básico. Que los pagos de esas gratificaciones no se otorgan de manera habitual.

En ese orden de ideas, la prueba testimonial no da cuenta de la existencia de comisiones individuales y establecidas en una tabla como lo adujo la demandante en el supuesto fáctico de la demanda.

De otra parte, se debe acotar que se recaudó el testimonio de la señora SANDRA MILENA MARTÍNEZ CHAMORRO, la cual indicó que es Auxiliar Contable. Que era Asesora de Cobranzas en la empresa demandada para los años 2017 y 2018, por lo que fue compañera de trabajo de la demandante, laborando con al servicio de la demandada desde el mes mayo de 2016 hasta el mes de junio de 2018. Relató que la demandante era Asesora de la empresa demandada, quien devengaba comisiones por metas meta individuales, por lo que existe una relación individual y no global respecto de cuanto recolectó cada trabajador en la campaña *Trust & Services*, y que la relación de recaudo que se hacía mes a mes era avalada por la Coordinadora. Que los conceptos que se le pagaban mensualmente a los trabajadores, quienes devengaban el salario más las comisiones, a las cuales la demandada les asignaba otro nombre.

Que la demandante era la que más comisionaba, precisando que para percibir esas comisiones debía causarse una meta y se liquidaban sobre el 2% del valor recaudado.

Ahora bien, si bien la demandante y la testigo SANDRA MILENA MARTÍNEZ CHAMORRO, última quien era asesora de cobranzas para los años 2017 y 2018, por lo que tenían un cargo análogo a la actora, expusieron que en efecto la empresa dependiendo de metas individuales asignaba mensualmente las comisiones, se advierte que sus dichos no logran formar el convencimiento de la Sala, en tanto lo narrado por la referido testigo no se advierte como una declaración espontánea, toda vez que como lo sostuvo el fallador de instancia, su declaración se encontró muy alineada sobre la base de la versión sostenida en la demanda, máxime que contrasta frente a las declaraciones de las restantes testigos, sin que además se aportara la tabla de comisiones alegada ni alguna



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prueba que acredite que en efecto se basaban las comisiones sobre el porcentaje referido, ni que se solucionaran de manera mensual.

En tal sentido, al no haberse probado la presunta tabla de comisiones que envuelven la constitución de salario con los pagos por concepto de gratificación no salarial, los argumentos de la demandante se caen de peso para que en efecto se determine que esos pagos eran precisamente por concepto de comisiones.

Otro aspecto a resaltar, es que según se observa de los desprendibles de nómina que allegara la demandante comprendidas entre la primera quincena del mes de noviembre de 2016 hasta la primera quincena del mes de mayo de 2018 (14 a 49), los valores por concepto de gratificación no salarial fueron cancelados para el mes de enero de 2017, primera quincena de marzo de 2017, primera quincena de abril de 2017, primera quincena de mayo de 2017, primera quincena de agosto de 2017, el mes de septiembre de 2017, primera quincena de noviembre de 2017, primera quincena de enero de 2018, primera quincena de marzo de 2018 y primera quincena de mayo de 2018, y como ya se dijo, ese concepto no fue realizado de manera habitual sino ocasional como se relacionó en precedencia, y al haberse comprendido la relación laboral entre el 5 de mayo de 2016 y el 21 de mayo de 2018, claro resulta que ese concepto dejó de cancelarse durante la mayoría del vínculo, por el contrario, tan solo cobijó diez meses de los veinticuatro meses que se extendió el contrato de trabajo, por lo que atendiendo los criterios jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y los preceptos legales, ese pago no puede entenderse percibido de manera continua a la trabajadora y por tal razón, no se puede entender como una retribución directa de su servicio, más aún si se otorgaba como gratificación oír el recaudo general de la empresa en una determinada campaña.

Debe tenerse en cuenta igualmente que al no haber sido probado por la demandante que esa gratificación se derivó de las supuestas comisiones que como trabajadora percibía, sino que los pagos por ese concepto se realizaban como consecuencia de las metas que cumpliera el grupo de la campaña *Trust & Services*, claro resulta que tales rubros no los generó la señora PAOLA ANDREA BOCANEGRA en forma directa, por lo que no constituían factor salarial, más aún



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

si, como se desprende del contrato de trabajo, en ningún momento se estableció el pago de comisiones.

Finalmente, acota la Sala que, si bien no se desconoce la posibilidad de pactar comisiones por metas grupales, lo cierto es que en el presente evento no se acreditó el supuesto fáctico de la demanda, lo que conlleva a la absolución de la parte demanda y por ende a la confirmación de 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:

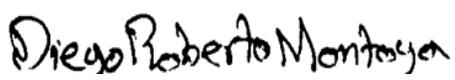
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones anotadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

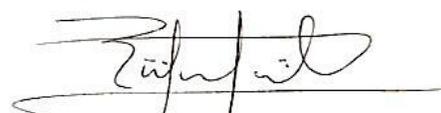
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 13 2020 00002 01
Demandante: JESUS ALBERTO HIGUERA MERIÑO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida el 8 de abril del 2021 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JESUS ALBERTO HIGUERA MERIÑO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. a efectos que se declare la nulidad del traslado y afiliación del demandante a la AFP demandada; en consecuencia, se declare vigente su afiliación a COLPENSIONES, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes, al pago de los perjuicios morales, y aquello que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 13 de octubre de 1959, se trasladó en agosto de 1999 a la AFP PORVENIR S.A., en razón a que el asesor le indicó que tendría mayores beneficios, un monto mayor en su



pensión, se podía pensionar a cualquier edad, y tenía a su alcance solicitar la devolución de los aportes ahorrados en cualquier tiempo, sin explicitarle las consecuencias del traslado ni las diferencias entre uno y otro régimen, por lo que el 5 de agosto del 2019 solicitó la declaratoria de nulidad de su afiliación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones expresando que la afiliación del demandante fue válida, en la medida en que no aporta prueba alguna que permita concluir que su traslado de régimen se dio bajo algún vicio del consentimiento.

Formuló 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.

COLPENSIONES en su escrito de contestación indicó que, si bien la mayoría de las pretensiones no están dirigidas en su contra, no es menos cierto que la condena llevaría implícito el retorno del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en tal sentir refiere que se está a lo probado en el proceso.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de abril del 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante a la AFP PORVENIR S.A.; condenó a PORVENIR S.A. a reintegrar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, a cargo de sus propias utilidades, a tener como afiliado al demandante y declaró no probadas las excepciones propuestas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como fundamento de su decisión indicó que de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 del C.G.P. a la AFP PORVENIR S.A. le asistía la carga de demostrar en el presente asunto que le brindó a la aquí demandante información suficiente y acorde a la legislación vigente en la época del traslado, lo cual no se cumplió, máxime que no fue confesado ello por parte del promotor de la litis.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, PORVENIR S.A presentó recurso de apelación en el que indica que el traslado no es ineficaz, en tanto no tenía a su alcance el negarse a la afiliación del demandante, tal como lo consagra la Ley 100 de 1993, por lo cual lo único cuestionable es la falta de diligencia del actor con su derecho pensional, al no trasladarse con antelación a COLPENSIONES, no consultar nuevas asesorías respecto a su vinculación y dejar pasar el tiempo y no haber realizado ninguna actuación para conocer como se había realizado su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De otra parte, que su consentimiento se ratificó con la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime que no es dable que se haga la exigencia de pruebas, tales como proyecciones o documentación de la asesoría, que no se encontraban vigentes para la fecha del traslado.

De manera subsidiaria, en el evento de confirmarse la ineficacia, depreca se absuelva de la devolución de gastos de administración y la prima de seguros previsionales, en tanto tiene su origen en un mandato legal y ostenta de una destinación específica, sumas que además ya fueron debidamente invertidas y no se encuentran en poder de la demandada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.



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 aportó el formulario de afiliación del 2 de agosto de 1999 a PORVENIR S.A. (CD Fl 69); en el que, si bien refieren 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 demandante tampoco admite haber recibido información suficiente, por el contrario, aduce que el traslado se dio en 1999, cuando ingresó a laborar al Hospital Regional de Fusagasugá en donde le indicaron que debía diligenciar ese formulario de afiliación, sin recibir asesoría directa de parte de PROVENIR S.A.

Por ende, no se demostró que el actor recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de las AFP, que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 demandada 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 otro giro por estudiar la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta, se tiene que respecto de la prescripción, 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 se predica también respecto de la devolución de los gastos de administración, al ser una consecuencia directa de la declaración de la ineficacia, y ser parte de los dineros que el Sistema debe tener en su poder a efectos de financiar la pensión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con la destinación específica que se regula en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De cara a lo indicado, confirmará la decisión que fuere adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI.- 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:

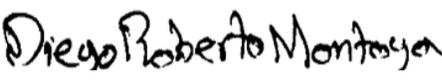
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de abril del 2021, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

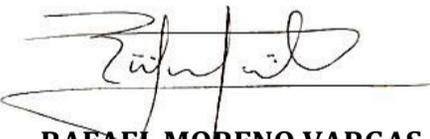
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 15 2019 00842 01
Demandante: LUCIA DEL SOCORRO VASQUEZ MELO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 4 de marzo de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUCÍA DEL SOCORRO VÁSQUEZ MELO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el objeto de que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

declare la anulación por ineficacia del traslado de régimen pensional; se ordene en consecuencia el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y en consecuencia a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los dineros recibidos producto del traslado, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, aduce que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 8 de julio de 1986, y posteriormente, el 23 de septiembre de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por conducto de PORVENIR S.A.

Precisa que al momento de la afiliación el asesor de la AFP se limitó a diligenciar un formato preestablecido para el traslado, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones y beneficios económicos que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni le entregaron proyecciones.

Finalmente, que solicitó la anulación de la afiliación, pero a la fecha la misma no ha sido resuelta.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de los pedimentos indicando que, si bien la mayoría de los mismos no se dirigen en su contra, no es menos cierto que su declaratoria, conlleva implícito el retorno del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación de Servicio, lo cual no es de recibo en tanto la accionante no cumple los presupuestos legales para tal efecto.

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

De otra parte, PORVENIR S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, alegando que la afiliación del demandante 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 Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de marzo del 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante el 23 de noviembre de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar los recursos que obran en la cuenta de ahorro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

individual a COLPENSIONES, y se abstuvo de imponer condena en costas, declarando no probadas las excepciones propuestas.

Como sustento de su decisión indicó que la AFP no cumplió con la carga probatoria de acreditar el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, sin que tal situación haya sido objeto de convalidación por la permanencia en la AFP, ni de demostración por conducto del formulario de afiliación.

En ese orden de ideas concluyó que, al no haber cumplido la AFP con el deber de información, deviene como consecuencia la ineficacia del traslado y por ende la permanencia en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la consecuente devolución de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. propuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, aduciendo que la demandante fue asesorada de forma completa, clara y comprensible como lo prevé la Ley 100 de 1993, y sus Decretos Reglamentarios, pese a lo cual el fallador declaró la ineficacia contenida en el artículo 271 de la misma norma, ello pese a que tal disposición establece tal sanción cuando existan actos que atenten contra la afiliación del trabajador, es decir, que se exigen conductas dolosas que no fueron probadas dentro del proceso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, que se argumentó que el formulario de afiliación carece de elementos de juicio para determinar que la demandante fue debidamente asesorada y que permaneció por decisión libre y voluntaria durante más de 20 años; pese a ello, el formulario de afiliación se realizó con estricto cumplimiento de la Ley 100 de 1993, la que en su artículo 114 consagra que cuando se genere un cambio de régimen se debe hacer por escrito y se debe manifestar que se hace de forma libre y voluntaria; de otro lado, que para el año 1999, aunque existía el deber de información, no comprendía el documentar la información brindada, la cual fue de forma verbal, tal como se confesó en el interrogatorio de parte.

Respecto a las proyecciones o al monto de la mesada pensiona, no pueden fundamentar una ineficacia del traslado, más aún cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, y la sentencia C-1024 de 2004, y ratificó la actora su decisión de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Finalmente, que el artículo 167 del C.G.P. establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, en este caso, la demandante únicamente genera negaciones indefinidas en su demanda, mientras que a la parte demandada se le impone una carga imposible de probar, como es traer a colación documentos inexistentes para la época.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 PORVENIR S.A. del 23 de septiembre de 1999 (Fl 300); el cual, 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.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 brindado la información suficiente, clara y precisa; a *contrario sensu*, expone que se trasladó en el año 1999, cuando la asesora de la AFP le indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, que se podría pensionar en anticipadamente a una edad aproximada de 40 años, sin explicarle que dependía del capital depositado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

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 4 de marzo del 2021 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



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 19 2015 00116 01
Demandante: CARLOS EDUARDO IBARRA MONTENEGRO
Demandado: COLPENSIONES Y BBVA COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería al abogado HENRI DARÍO MACHADO, identificado con cédula de ciudadanía No. 77.091.125 y T.P. 248528 del C. S. de la J., para actuar en representación de COLPENSIONES, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, la sentencia proferida el 28 de enero del 2021 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CARLOS EDUARDO IBARRA MONTENEGRO presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y el BANCO BBVA para que previo el trámite de rigor se declare que en calidad de hijo sobreviviente tiene derecho al reintegro y/o devolución de las mesadas pensionales retenidas en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la cuenta de ahorro pensional ISS No. 001305115502000605 por el Banco BBVA COLOMBIA S.A. y COLPENSIONES; declarar que las demandadas, deben devolver y reintegrar la totalidad de los valores descontados de las mesadas pensionales retenidas en la cuenta de ahorros pensionales; se declare que las demandadas le adeudan los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el retroactivo pensional.

En consecuencia, solicita se condene a las demandadas a pagar al demandante las mesadas retenidas en la cuenta, a pagar en su totalidad los valores descontados a las mesadas pensionales, los intereses moratorios y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que es hijo único de la causante MAGOLA MONTENEGRO DE IBARRA, quien falleció el día 17 de junio del 2010 y en vida disfrutaba de una pensión de vejez, la cual le fue concedida mediante la Resolución No. 001407 del 25 de julio del 2000.

Refiere que la causante era titular de la cuenta de ahorros No. 001305115502000605, en la que percibía el monto de sus mesadas pensionales.

Alega que dependía económicamente de la causante y subsisten las condiciones de invalidez, como lo determinó la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado; refiere que COLPENSIONES a través de la Resolución No 028971 del 28 de agosto del 2012, le concedió una mesada pensional en cuantía de \$1.400.717; que el 9 de abril del 2013 solicitó al Banco BBVA COLOMBIA S.A. la entrega del haber monetario, por ser parte de la pensión de la causante y que le fue adjudicada debido a su estado de salud; sin embargo, el banco mediante oficio del 13 de junio del 2013, se negó a reconocer el pago del haber monetario en la cuenta pensional, por cuanto dichos montos fueron abonados con posterioridad al deceso de la pensionada y por tanto, deben retornar a COLPENSIONES, viéndose reflejada una disminución en el monto de las mesadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El 18 de junio del 2013 solicitó aclaración frente a la disminución de las mesadas en los meses de octubre a diciembre del 2010, frente a lo cual el banco contesta que la cuenta está bloqueada y que los descuentos se generan por la comisión de cuotas de manejo.

Finalmente, que el 29 de noviembre del 2013 presentó la respectiva reclamación administrativa ante COLPENSIONES, sin que a la fecha se tenga respuesta alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El banco BBVA COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones indicando que los recursos de la cuenta no fueron retenidos, sino reintegrados a COLPENSIONES, por lo cual no adeuda suma alguna de dinero al actor.

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

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opone a las pretensiones indicando que al demandante le fue concedida la pensión de sobrevivientes desde la data del deceso de la finada, ordenando el respectivo reconocimiento y pago del retroactivo pensional.

Formula como medios exceptivos previos los que denominó falta de jurisdicción y competencia, y falta de integración del litis consorcio necesario.

Así mismo, propone como excepciones de mérito o de fondo las de inexistencia de la obligación, inexistencia de cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de enero del 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante las mesadas de junio y julio del año 2010, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; absolvió al banco BBVA COLOMBIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión manifestó que la litis se centra en establecer si las mesadas causadas con posterioridad al fallecimiento de la señora GLADIS MAGOLA MONTENEGRO DE IBARRA fueron canceladas en su totalidad al demandante o si por el contrario, estas fueron retenidas; señaló que debe remitirse a la Resolución No. 28971 del 28 de agosto de 2012, en la cual se estableció como fecha de reconocimiento 17 de junio del 2010, fecha desde la cual se debió cancelar la prestación pensional al demandante, y para lo cual en el mismo acto administrativo se ordenó el pago del retroactivo pensional equivalente a \$43.359.806, por lo que en principio no tendría fundamento la pretensión de entrega de las mesadas pensionales consignada en la cuenta de ahorros.

No obstante, una vez verificada la totalidad de las pruebas recaudadas, entre ellas la certificación que milita a folio 135, emitida el 3 de agosto de 2015 por la Gerencia Nacional de Nómina de Pensionados de COLPENSIONES, se evidencia que no fueron incluidas dentro del retroactivo liquidado en la resolución, las mesadas pensionales causadas para los meses de junio y julio del año 2010, luego al no haber constancia de su solución, resulta procedente disponer su pago con los respectivos intereses moratorios.

Frente a la prescripción, indicó que toda vez que la Resolución No. 28971 del 28 de agosto de 2012 le fue notificada al demandante el 11 de octubre de 2012 y la demanda fue presentada el 5 de febrero de 2015, tal y como obra en la hoja de reparto visible en el folio 1º, es claro que no transcurrió el término trienal de la prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLPENSIONES presenta recurso de apelación en el que en suma indica que las mesadas que se reclaman se encuentran prescritas, toda vez que la causante GLADIS MAGOLA MONTENEGRO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

falleció el 17 de junio del 2010, y la reclamación por parte del demandante ante COLPENSIONES se elevó el 29 de noviembre de 2013, siendo así, transcurrieron 3 años, 3 meses y 12 días

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 se adeudan las mesadas pensionales deprecadas y en caso afirmativo se las mismas se encuentran prescritas.

c. Del caso en concreto:

En el *sub-examine* no existe debate alguno en torno a que al demandante le fue concedida la pensión de sobrevivientes de la causante GLADYS MAGOLA MONTERO DE IBARRA, desde la data de su deceso, esto es, desde el 17 de junio del 2010 (Fl. 36) y que a la fecha se le adeudan las mesadas pensionales de los meses de junio y julio del 2010, por cuanto así lo certificó el propio COLPENSIONES el 3 de agosto del 2015 (Fl 135 a 136) en la cual admitió que el BANCO BBVA le reintegró de la cuenta pensional las referidas mesadas en cuantía de \$2.534.598 y pese a que se concedió la pensión de sobrevivientes al demandante y se ordenó el pago del retroactivo, la misma entidad indica:

“De lo expuesto de colige, que los conceptos reintegrados por concepto de girado por fallecimiento NO han sido cancelados al beneficiario de la sustitución pensional”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por manera que se encuentra probado y admitido por la propia demandada que a la fecha se adeudan al promotor las mesadas de junio y julio del 2010.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que además el punto de la censura frente al fallo de primera instancia se circunscribe a lo tocante a la excepción de prescripción. De cara a ello, basta recordar que en materia laboral el término de prescripción es de tres (3) años, los cuales se deben contar desde el momento en que el derecho se haya hecho exigible. Destacando que el mismo se puede interrumpir por un plazo igual, mediante la respectiva reclamación. Premisas que se encuentra contenidas en los artículos 151 del C.P.T y 488 a 489 del C.S.T.

Al descender al *sub-lite* se tiene que la fecha de exigibilidad de la obligación inició el mismo día en que falleció la causante GLADYS MAGOLA MONTERO DE IBARRA, esto es el 7 de junio del 2010. En tal medida, como quiera que el promotor del presente juicio reclamó el reconocimiento y pago del derecho pensional mediante reclamación elevada el 27 de octubre del 2010, lo cual lleva inmerso el retroactivo pensional, pedimento que vino a ser desatado por la pasiva mediante la Resolución No 028971 del 2012, notificada personalmente al libelista el 11 de octubre del 2012, es patente que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Destaca la Sala que el yerro del recurrente estriba en considerar que las mesadas pensionales hoy reclamadas, tan solo fueron solicitadas a la encartada hasta el 29 de noviembre del 2013, fecha en la que en efecto el demandante reiteró su intención de obtener el pago de las referidas mesadas (Fl 53), pero lo cierto es que la reclamación primigenia en aras de obtener el reconocimiento y pago de la prestación ya había sido radicada desde el 27 de octubre del 2010.

Conforme los argumentos previamente enunciados, deviene lógico inferir que en el *sub examine* no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:

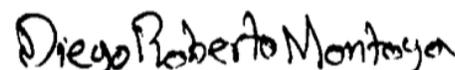
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero del 2021 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

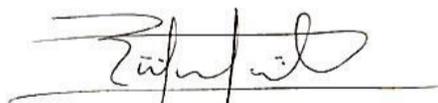
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 23 2020 00230 01
Demandante: BLANCA NUIBIA JIMÉNEZ ABRIL
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 6 de abril de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses 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 BLANCA NUBIA JIMÉNEZ ABRIL formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación y/o ineficacia del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de mayo de 1999 a través de la extinta AFP DAVIVIR, por existir engaño y asalto en su buena fe, induciéndola al error y viciando su consentimiento para trasladarse de régimen.



Por consiguiente, deprecia se ordene a PROTECCIÓN S.A. retornarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, incluyendo sus frutos, intereses y rendimientos, y a COLPENSIONES a recibirla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, manteniéndola como afiliada sin solución de continuidad, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 11 de julio de 1986 hasta el 31 de mayo de 1999, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de mayo de 1999, cuando laboraba en el Comando General de las Fuerzas Militares, en razón a que los asesores de la antigua DAVIVIR – hoy PROTECCIÓN S.A., presentaron en una charla a los empleados de la entidad sobre el nuevo régimen pensional.

Que los asesores de la entidad no le brindaron una asesoría personalizada en la que se tuvieran en cuenta las condiciones particulares tales como la edad y salario de la época, aunado a ello que le manifestaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría, y que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad devengaría mayores rendimientos en comparación con el fondo público, accediendo a la pensión sin importar los requisitos de edad y tiempo cotizado.

Sostuvo en igual sentido, que los asesores de DAVIVIR le manifestaron que en el caso de no ser su intención pensionarse, podría solicitar la totalidad de los aportes, sin que se le haya entregado un plan de pensiones mediante el cual pudiera adoptar una decisión en cuanto a su futuro pensional, no se le informó sobre la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes de cumplir 47 años de edad, y no se le indicó que para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debía tener un ahorro superior a los \$280.000.000, entre otros factores de desinformación.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se hizo de manera libre y voluntaria, sin que como entidad haya tenido injerencia en su decisión.

Que lo pretendido por la demandante afecta sus intereses como quiera que se encuentra inmersa en prohibición legal, toda vez que al momento de la solicitud de traslado contaba con 55 años de edad, faltándole menos de 10 años para cumplir con el requisito mínimo pensional, además de afectar gravemente con el principio de sostenibilidad financiera.

Formuló las excepciones denominadas la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso 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 (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. por su parte, indicó en su contestación, que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 14 de mayo de 1999, suscribiendo el formulario de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada, correcta y suficiente, afiliación que constituye un acto jurídico válido que produce efectos hasta la actualidad, toda vez que se dio en estricto cumplimiento de la normativa vigente en los términos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, decisión que quedó plasmada en el formulario de afiliación.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua de favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 6 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en su caso administrado por PROTECCIÓN S.A.

En virtud de lo anterior, condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

Para arribar a dicha conclusión, expuso que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP como carga probatoria el demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, hubiesen brindado una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por parte de PROTECCIÓN S.A., máxime si se tiene en cuenta que lo único que se aportó fue el formulario de afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló. Indicó que encuentra inconformidad en lo que atañe a tener que trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente al capital, rendimientos, gastos de administración y seguro previsional por cuanto con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, es claro que la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad nunca existió, lo que conlleva a que no se causaran rendimientos como tampoco el cobro de una cuota de administración y el seguro previsional, por lo que lo único que habría lugar a trasladar con destino a COLPENSIONES sería las sumas de las cotizaciones íntegras, máxime si los recursos de la actora fueron administrados en legal forma, por lo cual de llegarse a transferir, se incurriría en un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

COLPENSIONES refirió en su alzada que si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el deber de información tiene que ser acreditado por parte de la AFP en todos los procesos indistintamente de que los accionantes sean o no beneficiarios el régimen de transición, lo cierto es que dicho deber de información ha venido variando con el tiempo; luego para el año de 1999, calenda en que se trasladó la actora, a pesar de que la Ley 100 de 1993 regulaba la elección del régimen, la misma no disponía la obligación hacer comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, edad o fluctuaciones del mercado, más aún si para esa época la demandante tenía 29 años de edad, por lo que era imposible prever para los fondos de pensiones en qué condiciones serían sus cotizaciones pensionales en el futuro o si serían continuas, de ahí que la suscripción del formulario de afiliación sea completamente válida, aunado a ello se firmó de manera libre y sin presiones.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Así mismo, 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 14 de mayo de 1999 a la antigua AFP DAVIVIR – hoy en día PROTECCIÓN S.A. (Expediente Digital), 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 surtido a la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A., fue enfática en destacar que el único soporte probatorio que demostrara una presunta información fue el formulario de afiliación, aspecto que atendiendo las directrices jurisprudenciales en nada convalida para el presente asunto una debida información.

Igualmente, a pesar de que la actora en su interrogatorio de parte indicó tener conocimiento de ciertas características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, puesto que su profesión es de abogada, y que recibió cierta información del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en su momento, dicha manifestación en manera alguna comporta una confesión pura y simple del cumplimiento cabal del deber de información, aunado a ello que la actora inició sus estudios de derecho en el año 2011, situación por la que la Sala puede colegir que, para el momento de la afiliación, esto es, en el año de 1999, no ostentaba la calidad de abogada, máxime que el desempeñarse como profesional del derecho no implica *per se* tener por cumplido el deber de la AFP.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto tanto por PROTECCIÓN S.A., respecto a 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.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 del actor, 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 PROTECCIÓN S.A. en el recurso de alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

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:

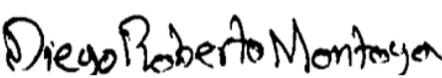
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 6 de abril de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

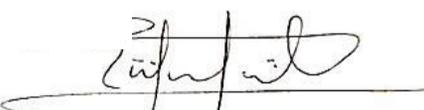
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 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 2019 00151 01
Demandante: SANDRA VALENCIA FORERO
Demandado: COLPENSIONES, OLD MUTAL S.A. Y
PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses 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 SANDRA VALENCIA FORERO formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., hoy en día SKANDIA S.A., y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acto realizado el 7 de julio de 1994 mediando vicios en el consentimiento, toda vez que sin pleno conocimiento de los derechos, beneficios y diferencias existentes entre cada régimen, adhirió y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suscribió formulario de traslado preimpreso, el cual fue redactado por PROTECCIÓN S.A.

En virtud de lo anterior, depreca se condene a PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., trasladar con destino a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales realizados en su favor durante su vida laboral por los diferentes aportantes, desde la fecha del traslado hasta el último aporte o ciclo de cotización realizado y acreditado en su cuenta de ahorro individual. Igualmente, se los condene trasladar a COLPENSIONES toda la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes y que constituye su historia laboral, desde la fecha en que se dio el traslado hasta el último aporte o ciclo de cotización acreditado.

Igualmente, se le condene a COLPENSIONES a anular el traslado en las bases de datos, así como recibir y registrar la información correspondiente a sus aportes que le sean entregados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con el pago de costas procesales en contra de todas las encartadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 26 de marzo de 1992, y que, sin recibir una información y asesoría necesaria, así como sobre las explicaciones sobre las diferencias entre los regímenes pensionales, suscribió formulario de traslado previamente impreso por PROTECCIÓN S.A., lo cual se efectuó el 7 de julio de 1994.

Relata que PROTECCIÓN S.A., representada por uno de sus asesores, no verificó que se encontraba afiliada en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y no le brindó una correcta y completa asesoría, que le permitiera decidir libremente y sin vicio alguno en su consentimiento, la vinculación a uno u otro régimen pensional, de ahí que la haya hecho incurrir en error, máxime que incluso estuvo incurso en estado de multivinculación.

Expuso que mantuvo en incertidumbre y en pleno desconocimiento su vinculación al sistema pensional, por lo cual, ante la confusión generada por las administradoras pensionales tanto del Régimen de Ahorro Individual con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Solidaridad como del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por el inadecuado manejo de información, el Gobierno expidió el Decreto 3995 con el objeto de solucionar la múltiple vinculación expresamente prohibida por la Ley 100 de 1993.

Que PROTECCIÓN S.A. no informó de forma clara y suficiente los efectos de la aplicación del Decreto 3995 de 2008 sobre su futuro pensional, como tampoco se le indicó que contaba con un plazo de dos meses para objetar la decisión, tópico que evidencia que al momento del traslado no adoptó una decisión libre y debidamente informada sobre su futuro pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

OLD MUTUAL S.A., hoy en día SKANDIA S.A., refirió en su contestación que la afiliación efectuada por la demandante ante sus dependencias se realizó acorde a los parámetros legales y normativos contemplados en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, al igual que no se presentaron vicios del consentimiento.

Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que el formulario de afiliación que suscribiera la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se constituye en un negocio jurídico que originó obligaciones recíprocas, dentro de las cuales estaba en cabeza de la demandante la de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado, en tanto los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación, por lo que son de público conocimiento, y en tal sentido no existen vicios en el consentimiento que fundamenten la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, máxime si obra en el expediente el formulario de afiliación, así como la relación de cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que soportan esa decisión de traslado.

Formuló las excepciones denominadas buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, el hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

jurídicos, calidades de la demandante para conocer las consecuencias de su traslado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. indicó que todas las actuaciones que ha llevado a cabo como administradora pensional están revestidas de buena fe y legalidad, prueba de ello lo es el formulario de afiliación que suscribiera la demandante en el que manifestó su voluntad de continuar afiliada al Régimen de Ahorro Individual Solidaridad, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, aspecto que se evidencia en un aparte del formulario, el cual cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica y la denominada reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PROTECCIÓN S.A. el 27 de julio de 1994, decidiendo además que para todos los efectos legales la actora nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, ordenó a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., y a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENISIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que hubiere causado y lo que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

haya depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con lo deducido por gastos de administración. Así mismo, ordenó a COLPENSIONES recibir a la actora como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de OLD MUTUAL S.A., hoy en día SKANDIA S.A., y PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, brindaron una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por ninguna de las AFP encartadas.

En ese orden de ideas, dispuso la ineficacia del traslado por el incumplimiento del deber de información, ordenando a su vez la devolución de los emolumentos pertinentes, y la reactivación de la afiliación ante COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial respecto la decisión de primer grado. Adujo que encuentra inconformidad en la orden impartida en lo que atañe a trasladar los conceptos por cuotas de administración y seguro previsional durante la afiliación que la actora estuvo afiliada ante sus dependencias.

Lo anterior, como quiera que para los años en que la demandante realizó su traslado a OLD MUTUAL S.A., hoy en día SKANDIA S.A., trasladó todos los conceptos que se encontraban en su cuenta de ahorro individual sin que se le adeuda nada a esa entidad como tampoco a la actora. Que dentro del proceso no se demostró que realmente hubiese existido un daño o un detrimento patrimonial que pueda sufrir COLPENSIONES con la declaratoria de ineficacia, teniendo en cuenta inclusive que la rentabilidad que producen los dineros administrados por las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en términos generales triplica el mismo capital aportado por los afiliados a diferencia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administrado por COLPENSIONES, en el que el dinero no genera la misma rentabilidad.

Puntualizó que debe tenerse en cuenta la interpretación del artículo 1746 del Código Civil, por lo que al retornar las cosas al estado inicial y al haber permanecido siempre la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los aportes no generaron rentabilidad, por lo que no resulta procedente la devolución de dichos rubros.

OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., argumentó en su alzada que no resulta procedente la devolución de los gastos de administración ni las primas de aseguradoras, por cuanto las mismas se destinan a cobrar las pólizas para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que el 3% ya fue destinado, de ahí que dichos rubros no se encuentren en disposición.

Puntualizó que no se cumplen los presupuestos para la configuración de la nulidad relativa, ya que la actora no expuso en el escrito de la demanda la causal por la que se configuró, máxime si dentro del presente asunto no se presentan vicios en el consentimiento.

Finalmente, COLPENSIONES argumentó que dentro del presente proceso no se lograron acreditar vicios del consentimiento al momento en que la demandante suscribiera el formulario de traslado, máxime si del interrogatorio de parte surtido por la actora no fue clara la forma en que se vinculó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; de igual manera, que se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera, en tanto se imponen cargas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como es la de asumir una presunta prestación pensional.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Así mismo, 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron formularios de afiliación de la siguiente manera: (i) el que efectuó la actora ante PROTECCIÓN S.A. el 27 de julio de 1994 (Fl. 109); (ii) el que realizara ante SKANDIA S.A. 3 de diciembre de 2001 (Fl. 44); y (iii) el formulario de afiliación que realizara nuevamente a PROTECCIÓN S.A. el 22 de diciembre de 2008 (Fl. 110).

Si bien el primer formulario de afiliación que suscribiera la actora ante PROTECCIÓN S.A. 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 que las AFP a las que se vinculó, no le suministraron la misma, pues siempre fue enfática en destacar no tener conocimiento respecto de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen pensional.

En ese orden de ideas, le asiste razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, al no haberse acreditado el cumplimiento del deber de información.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y primas 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales que hayan cobrado frente a la administración de los valores deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, dejándose de presente que en la actualidad la actora se encuentra afiliada ante PROTECCIÓN S.A. como da cuenta el formulario de afiliación que suscribiera el 22 de diciembre de 2008 (Fl. 110).

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES en su alzada, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa.

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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:

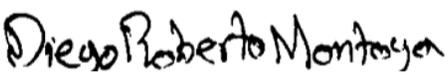
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

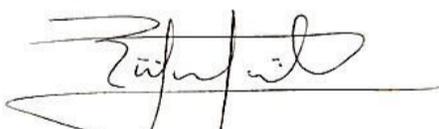
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 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 00733 01
Demandante: RAFAEL PATIÑO ZAMBRANO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el día 25 de marzo del 2021.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RAFAEL PATIÑO ZAMBRANO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el objeto de que se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el régimen de transición, al pago del respectivo retroactivo pensional más los intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 12 de junio de 1944, iniciando a laborar el 1º de agosto de 1972, por lo que para el 31 de diciembre de 1994 contaba con 858,57 semanas cotizadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Agrega que mediante varias reclamaciones solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, no obstante, le fue reconocida la indemnización sustitutiva, ante lo cual interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron desatados de manera negativa mediante Resolución VPB 2426 del 20 de enero del 2015.

Señala que, mediante reclamación del 22 de diciembre del 2016, insistió en el reintegro de la indemnización sustitutiva y solicitó la corrección de la historia pensional, frente a lo cual el 12 de junio del 2017 la pasiva expide un nuevo reporte de semanas cotizadas en el cual se evidencia 905,7 semanas y mediante Resolución No. SUB 193076 le es negado nuevamente el reconocimiento y pago del derecho pensional reclamado.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que los actos administrativos expedidos en el presente caso se encuentran ajustados a derecho, en tanto el actor no acredita los requisitos a efectos de acceder al beneficio pensional.

Propuso las excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de no lo debido, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de marzo del 2021 absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones propuestas y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión indicó el actor ostentó la calidad de beneficiario del régimen de transición y que además de ello tuvo la posibilidad de conservar el mismo hasta el año 2014, en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005; pese a lo anterior, el actor no cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez antes del año 2014, por cuanto únicamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cotizó 905,71 semanas y no cuenta con 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años.

De otra parte, que tampoco accedería a la pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, como quiera que no ostenta 1300 semanas de cotización.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte actora presenta recurso de apelación, argumentando que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, señalando que realizó cotizaciones hasta el año 2011, por atravesar una precaria situación económica así como complicaciones de salud, y debido a su edad no le fue posible acceder al mercado laboral para continuar cotizando, por lo cual se vio impelido al cobro de la indemnización, máxime que su cónyuge padeció un accidente que implicó que perdiera la movilidad de los brazos, situación por la que además deprecia se absuelva del pago de costas procesales.

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 beneficiario 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. Y si se debe revocar la condena en costas en el evento de confirmarse la decisión absolutoria.

c. Del caso en concreto:

Siendo ello así, justo resulta recordar que 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, es 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En el caso de la demandante, se tiene que nació el 12 de junio de 1944, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 49 años de edad, de ahí que en principio sea beneficiario del régimen de transición y de forma adicional, acorde el resumen de semanas cotizadas (Fl 28) se constata que a 29 de julio del 2005 ya contaba con más de 750 de cotización.

Luego no existe discusión en cuanto a que el demandante es beneficiario del régimen de transición, conforme al cual tendría derecho a acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros reglados por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Disposición normativa que prevé en lo tocante a la pensión de vejez, para el caso de los hombres, que requieren acreditar 60 años de edad y 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

Frente a la edad se puede constatar *prima facie* que el libelista arribó a los 60 años de edad el 12 de junio de 2004. Sin embargo, en lo tocante a las semanas cotizadas, el resumen de semanas cotizadas de folio 28 es diáfano en establecer que tan solo acredita un total de 905,71 semanas cotizadas (Fl 28) durante toda la vida laboral. Luego, es lógico que no alcanzó a reunir la densidad de semanas que exige el legislador, antes del 2014. Por ende, perdió el derecho al régimen de transición y no le puede ser concedido el derecho anhelado en los términos que se exige en la demanda.

Siendo del caso aclarar que el legislador no previó ninguna excepción a la precitada regulación normativa que permita reconocer el derecho pensional a alguien que no cumple con la densidad de semanas, indistintamente de las razones que le hayan impedido continuar realizando las cotizaciones. Por manera que ninguno de los argumentos planteados en la alzada, que además carecen de sustento probatorio, tiene la facultad de derruir la decisión del fallador de primer grado.

En lo tocante a las costas, basta indicar que estas operan de forma objetiva, con fundamento en las reglas previstas en el artículo 365 del C.G.P aplicable a los juicios laborales por remisión del artículo 145 del Estatuto Procesal Laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Disposición normativa que establece como las costas deben ser asumidas por la parte vencida en juicio, de forma tal que, al no prosperar el *petitum* del libelo introductorio, es patente que le corresponda al actor asumir el pago de las mismas.

De forma tal que resulta acertada la decisión de primera instancia al negar las pretensiones de la demanda y por ello, esta Corporación procederá a su confirmación.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que 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:

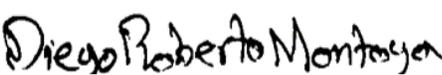
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de marzo del 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

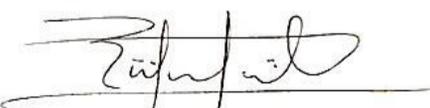
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 **29 2019 00413 01**
Demandante: ROSA ELENA VEJEVAS VALDERRAMA
Demandado: MARIA INÉS VELANDIA DE VACA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por ambas partes en contra de la sentencia proferida el 11 de marzo del 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ROSA HELENA VENEGAS VALDERRAMA promovió demanda ordinaria laboral en contra de MARIA INES VELANDA DE VACA, a efectos de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 15 de abril de 2011 al 31 de mayo del 2018; se declare la nulidad parcial del contrato de transacción del contrato celebrado entre las partes el 31 de mayo del 2018 frente a los derechos ciertos e indiscutibles, por no estar libre de error, fuerza y dolo; se ordene el pago de la prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la sanción por no consignación de las cesantías que establece el artículo 99 de la ley 50 de 1990, y la pensión sanción



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones manifestó que el 15 de abril del 2011 celebró un contrato de trabajo con la señora MARÍA INÉS VELANDIA DE VACA, para desempeñar el cargo de empleada del servicio doméstico, el cual se extendió por espacio de 7 años, 1 mes y 15 días. Ello por cuanto fue despedida el 31 de mayo de 2018.

Refiere que laboró de lunes a viernes de 8:30 a.m a 5:30 p.m y ocasionalmente los sábados, percibiendo como última remuneración la suma de \$37.000 diarios, adeudándose las prestaciones sociales y demás derechos laborales.

A partir del mes de mayo del 2018 la pasiva ejerció acciones de presión para constreñirlo a celebrar un contrato de transacción el 31 de mayo del 2018, por un valor de \$7.164.071.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada operó la *litis contestatio* aceptando la existencia de la relación laboral, señalando que el contrato fue verbal, y no a término indefinido sino por día laborado, que no laboraba los sábados y de hecho trabajaba para otras personas, además agrega que a la terminación del contrato se le solucionó la liquidación definitiva de todas las acreencias laborales adeudadas.

Formula como medios exceptivos los que denominó pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de marzo del 2021 declaró la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 15 de abril del 2011 y el 30 de mayo del 2018; condenó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a la demandada al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad social en Pensiones, según el cálculo actuarial que realice el fondo con el salario mínimo, absolvió a la demandada de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión indicó que no existe duda alguna respecto de la existencia de la relación laboral, como quiera que esta fue aceptada por la demandada, además de las pruebas que fueron practicadas y allegadas al proceso, pues se establece claramente que, en efecto, entre las partes existió un contrato de trabajo, a término indefinido vigente entre el 15 de abril de 2011 y el 31 de mayo de 2018.

De otra parte, que la transacción se encuentra regulada y permitida en el ordenamiento jurídico laboral, sin que se haya acreditado la existencia de vicios en el consentimiento en su perfeccionamiento, por lo cual la aportada al plenario tiene plena validez, máxime que la misma incluyó el pago total de lo adeudado por concepto de prestaciones sociales, compensación de vacaciones e intereses a las cesantías.

En lo que tiene que ver con la indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con las pruebas que fueron aportadas al expediente, se tiene que no se acreditó el hecho del despido, pues conforme lo indican los testigos la demandante no retornó al sitio de trabajo, aunado a ello que en el Acta Transaccional se indica que el contrato finalizó por mutuo acuerdo.

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la sanción de que trata el artículo 99 de que trata la ley 50 de 1990, considera que del acta de transacción se acredita que a la actora se le pagaron todas las prestaciones sociales, lo que evidencia que no se intentó transgredir derecho alguno de la libelista, por tanto, se abstuvo de fulminar condena por dichos conceptos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente a la pensión sanción, indica que la demandante no cumple con los presupuestos establecidos en cuanto tiempo trabajado y el despido si justa causa, por tanto, dispuso el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el extremo demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que desde la fijación del litigio se reconoció la existencia dl contrato de trabajo a término indefinido, por tal razón la carga de la prueba respecto de la justa causa de terminación, así como del pago de todas las acreencias laborales, recae en la demandada, sin que haya aportado prueba sumaria de dichas situaciones.

De tal manera y de conformidad con lo expuesto en la sentencia C-665 de 1998, se debe emitir condena al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la compensación de vacaciones y el despido sin justa causa, máxime que no se acreditó por pasiva la justa causa ni un acuerdo entre las partes.

A su turno la demandada, presenta recurso de apelación parcial en cuanto a la condena por las agencias en derecho; señalando que, si bien se probó que se adeudaban los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, lo cierto es que la demandante también debía solucionar la proporción de la cotización y no lo hizo, máxime que se negó a que se descontara tal emolumento de los salarios, siendo además que no es dable aportar por días.

IV.- CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, corresponde a la Sala definir si la demandada debe ser condenada al pago de las acreencias laborales anheladas en la demanda, así como a la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990; y si se deben revocar las costas procesales.

c. De las acreencias laborales

Sobre este puntual aspecto reitera la parte promotora en el recurso de apelación que se debió fulminar condena por concepto de las prestaciones sociales y compensación de vacaciones dejadas de cancelar a la demandante durante la vigencia del vínculo laboral.

Ahora, sea del caso advertir que el fallador de primer grado no desconoció el derecho al pago de las mentadas acreencias laborales que le asiste a la promotora, no obstante, encontró probado que las mismas habían sido sufragadas por la pasiva.

Así la cosas, es del resorte de la Sala entrar a verificar si las mentadas acreencias laborales en efecto fueron satisfechas por la encartada, logrando advertir que reposa en el plenario copia del contrato de transacción suscrito por las partes el 31 de mayo del 2018 (Fl 3), en la cual se corrobora que no solo se admite la relación laboral sino que se reconocen las prestaciones sociales y vacaciones adeudadas a la demandante por el periodo que duró la relación laboral en cuantía de \$8.811.071, se precisa que de la mentada suma y en vigencia de la relación laboral entre 2014 y 2018 le fue cancelado a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante la suma de \$1.647.000 y en consecuencia la pasiva se compromete a cancelar la suma de \$7.164.071, todo esto en proporción a los 5 días a la semana que laboraba la libelista.

Así mismo, obra constancia de los pagos que le fueron cancelados a la demandante durante la vigencia de la relación laboral a los que se alude en el acta transaccional (Fls 36 a 49), además de otros pagos recibidos con antelación así: \$600.000 de primas en 2012, \$200.000 de anticipo de prima de navidad en julio de 2013, \$800.000 de prima de navidad y salario en noviembre del 2013, \$400.000 de prima en junio del 2014, \$680.000 de prima de navidad y salario en diciembre del 2014, \$200.000 de prima de navidad en abril del 2015, \$300.000 de prima en julio del 2015, \$9.100.000 por concepto de salarios y prima anual del 2015, \$300.000 de prima en junio del 2016, \$200.000 adicionales de prima en junio del 2016, \$387.000 de prima en junio del 2017 y \$700.000 de prima de navidad en diciembre del 2017.

Aunado a esto, se tiene que en el respectivo interrogatorio de parte rendido por la promotora esta aceptó que la demandada le pagaba la prima de servicios, que firmó los recibos que fueron aportados con la contestación de la demanda y que recibió el pago incluido en el acta transaccional en el Banco Caja Social.

Bajo estos presupuestos, en consideración a que en esta instancia la pasiva no debate la validez del acta transaccional y como quiera que la demandante admite que recibió los montos establecidos en esta, los cuales se corrobora corresponden a la liquidación de las sumas adeudadas a la demandante por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, es patente que las sumas rogadas por la demandante ya fueron satisfechas por la encartada, tal y como se determinó en primera instancia, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado por este aspecto.

d. De la indemnización por despido injusto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, discrepa la parte actora sobre la absolución impartida en torno a la indemnización por despido injusto. Sin embargo, vale la pena recabar que cuando quiera que se pretenda obtener el reconocimiento y pago de esta acreencia laboral se requiere que el trabajador acredite el despido.

No obstante, de las probanzas arrimadas al proceso se logra advertir que la libelista no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, por cuanto no existe prueba alguna que dé cuenta que la encartada decidió terminar el contrato laboral.

A contrario sensu, vale la pena indicar que en el Acta Transaccional suscrita el 31 de mayo del 2018, se dejó constancia de que el vínculo laboral feneció ese mismo día por la renuncia presentada por la demandante. Sumado a ello, los testigos LINA GABRIELA PULIDO, vecina de la demandada; VICTORIA ASTRID VACA VELANDIA, hija de la demandada; HENRY MANUEL VACA VELANDIA, hijo de la demandada y NANCY RÍOS ROJAS, fueron contestes en referir que la relación laboral finalizó debido a que la demandada dejó de asistir a laborar a la casa de la demandante.

Se destaca que, si bien algunos de los testigos tienen un grado de familiaridad con la demandada, aquello no es suficiente para derruir sus dichos, pues encuentra la Sala que fueron coherentes en su declaración, sin que hayan negaron la relación laboral, ni las actividades que desempeñó la demandada a favor de la demandada como empleada doméstica, y por el contrario fueron congruentes en sus afirmaciones.

Por lo expuesto, es patente que, dado que la promotora del juicio no logró probar que la relación laboral finalizó por el despido injusto, no hay lugar a fulminar condena alguna por concepto de la indemnización por despido injusto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

e. De la Sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Establece el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la sanción por no consignación de las cesantías, la cual equivale a un día de salario por cada día de reparto, los cual se deben contar a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación, por ser este el plazo máximo con el cual cuenta el empleador para realizar la consignación de las cesantías.

Ahora bien, le asiste la razón al juzgador de primer grado al indicar que esta sanción moratoria no opera de forma automática, pues en efecto la jurisprudencia ha dispuesto que el empleador podrá eximirse de su pago, cuando quiera que acredite un obrar de buena fe. tal como se precisa, entre otras, en las sentencias con Radicación No. 23657 del 29 septiembre 2005; SL10632-2014, 43915 del 12 de agosto de 2014; SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL7145-2015, Radicación No. 43621 del 3 de junio de 2015, y SL- 2148-2018, Radicación No. 61164 del 13 de junio de 2018. En sentencia SL4566-2019, Radicación No. 68600 del 23 de octubre de 2019, en la que señaló:

“Conviene no olvidar que la jurisprudencia laboral ha adoctrinado profusamente que la indemnización moratoria no surge de manera automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad y probidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo”.

Con fundamento en el criterio anterior, en primera instancia el Juez decidió absolver a la demandada del pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías pues estimó que la pasiva probó la buena fe al cancelar las prestaciones sociales en el acta transaccional y por cuanto al cancelar el salario por días, desconocía su obligación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Argumento que no comparte esta Sala en manera alguna, pues el desconocimiento de la ley no puede servir de excusa para su incumplimiento, mucho menos el hecho consistente en que el pago de los salarios se hubiere pactado por días, pues aunque ello fuera así, tal suceso no desnaturaliza el contrato de trabajo que existió entre las partes, lo único que comporta es que se pactó el salario por jornal acorde lo dispuesto en el artículo 133 del C.S.T que reza:

“Se denomina jornal el salario estipulado por días y sueldo el estipulado por periodos mayores”

Claro está, ello no implicaba que la demandada pudiese dejar de cumplir con las obligaciones a su cargo y entre estas, la consignación de las cesantías, máxime cuando esta era consciente de la naturaleza de la relación laboral que existía entre las partes y las obligaciones que de esta se derivaban, al punto que durante la vigencia del contrato de trabajo canceló el pago de la prima de servicios y al finalizar el contrato liquidó todos los saldos insolutos por conceptos de prestaciones sociales y vacaciones.

Racero acorde al cual, habrá de revocarse la absolución impartida en primer grado en torno a la sanción por no consignación de las cesantías para en su lugar fulminar condena por la misma.

No obstante, en la medida en que fue interpuesta la excepción de prescripción, justo resulta entrar a analizar la misma, siendo del caso recordar que las obligaciones laborales prescriben en un término trienal contados desde la fecha de su exigibilidad, según lo dispone el artículo 151 del C.P.T y la S.S en concordancia con el artículo 488 del C.S.T, el cual es susceptible de interrupción por una única vez mediante la presentación de la reclamación del trabajador ante el empleador.

En tal sentir, si bien la relación laboral se extendió del 15 de abril del 2011 al 31 de mayo del 2018, lo que en principio daría lugar al pago de la sanción por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no consignación de las cesantías desde el 16 de febrero del 2012 hasta la data de la culminación del contrato, lo cierto es que la demandante tan solo radicó la presente demanda hasta el 8 de julio del 2019, lo que implica prescribieron los montos adeudados por concepto de la sanción por no consignación de las cesantías, exigibles con anterioridad al 8 de julio del 2016.

Bajo lo expuesto tan solo habría lugar a fulminar condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías desde el 8 de julio del 2016 hasta el 31 de mayo del 2018. Para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el monto del salario mínimo en la medida en que el *a-quo* determinó que este sería el monto del salario base a tener en cuenta para las cotizaciones a pensión, sin que la parte actora debatiera este punto en la alzada y conforme a las cuales el valor de la sanción ascendería a \$15.673.053, como se puede corroborar a continuación:

Año	días	Salario	Sanción
Del 8-07-16 al 14-02-17	216	\$ 21.478	\$ 4.639.248
Del 15-02-17 al 14-02-18	360	\$ 22.982	\$ 8.273.459
Del 15-02-18 al 31-05-18	106	\$ 26.041	\$ 2.760.346
TOTAL			\$ 15.673.053

De cara a lo indicado se revocará la decisión de primer grado en lo que a este punto respecta para en su lugar fulminar condena en contra de la pasiva.

f. De la condena en costas:

Finalmente, discrepa la pasiva de la condena en costas fulminada en su contra, pues aduce que no podía realizar el pago de los aportes a seguridad social en pensiones en la medida en que el Banco no recibe el pago por días y la demandante no permitía el descuento del monto a su cargo.

Sobre este punto, es menester de la Corporación enunciar que la condena en costas opera de forma objetiva y en tal sentir se fulmina en contra de la parte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vencida en juicio conforme lo dispone el artículo 365 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S. De forma tal que al resultar vencida en juicio la demandada, resultaba acorde a las disposiciones legales que se fulminara la condena en costas.

Al margen de lo anterior y en gracia de discusión, pese a que ya se aclaró que las costas operan de forma objetiva por lo que ninguno de los argumentos propuestos en la alzada, por la encartada para eximirse de su pago tienen vocación de prosperidad. Es indispensable referir que la obligación de realizar el descuento del porcentaje de los aportes a pensión que le corresponde al trabajador pende en cabeza del empleador acorde lo establece el artículo 22 de la ley 100 de 1993, al indicar:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias (...)

“El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”

En otro giro, frente al planteamiento consistente en que no se puede realizar el pago de los aportes cuando el salario se cancela por días, debe precisar la Corporación que esta afirmación no es acertada pues por lo menos desde el año 2013 fue expedido el Decreto 2616 del 2013, mediante el cual se reguló la cotización a seguridad social para trabajadores dependientes que laboran por días en periodos inferiores a un mes y antes de dicho año, bien podía realizar los aportes por el mes tomando como base el salario mínimo conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Presupuestos suficientes para confirmar la condena en este aspecto.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 parcialmente el numeral tercero de la sentencia proferida el 11 de marzo del 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la señora **MARÍA INES VELANDÍA VACA** a cancelar a la demandante **ROSA ELENE VENEGAS VALDERRAMA**, la suma de \$15.673.053 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

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

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



La señora ELSA DOLORES GARCÉS RODRÍGUEZ formuló demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy SKANDIA S.A., y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la existencia de vicio en el consentimiento que la indujo en error al momento de firmar el formulario de afiliación ante PORVENIR S.A., de ahí que resulte próspera la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que COLPENSIONES deberá recibirla en calidad de afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a realizar la devolución con destino a COLPENSIONES de sus aportes realizados en su cuenta individual y a COLPENSIONES tenerla como verdadera afiliada, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 23 de julio de 1960, cotizando en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES desde el 30 de diciembre de 1985 hasta el 16 de febrero de 1996.

Que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la encargada de recursos humanos del HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA, quien le suministró el formulario de afiliación de PORVENIR S.A. a efectos que lo firmara en blanco, por lo que no tuvo ningún tipo de asesoría de ese fondo pensional.

Sostuvo que para el año 2009 se trasladó a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANRÍAS S.A., hoy SKANDIA S.A., y luego de efectuar las investigaciones respectivas, pudo constatar que una prestación pensional por vejez le sería más favorable en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SKANDIA S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra argumentando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación ante sus dependencias, tanto así que dentro del contenido de la demanda no se establece cual es la naturaleza de la nulidad que persigue.

Formuló las excepciones denominadas cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA S.A. no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razones de edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

PORVENIR S.A. por su parte refirió en su contestación que el traslado de la demandante fue de manera consciente y espontáneo, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normativas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, como quiera que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, suscribió el formulario de solicitud de vinculación el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria, hoy Financiera.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES argumenta que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta de deber de información por parte de la AFP, o de que está en presencia de algún vicio del consentimiento. Que, en igual sentido no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

probabilidad de certeza que existió una inconformidad de la demandante, por el contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho.

Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

Por tal razón, condenó a PORVENIR S.A. devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Así mismo, condenó a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a dicha entidad, condenando a su vez a COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por PORVENIR S.A.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP la carga probatoria el demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, hubiesen brindado una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por PORVENIR S.A., administradora pensional a la que inicialmente la demandante se trasladó.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó que debe tenerse en cuenta la obligación legal que tiene el trabajador y los consumidores financieros conforme el Decreto 2241 de 2010, ello en tanto existe un silencio del consumidor al no tener una adecuada atención y revisión en ningún momento de su afiliación con las AFP, aspecto que denota que la actora no cumplió las obligaciones legales y contractuales que se estipularon al momento del traslado.

Que tampoco es dable establecer una responsabilidad objetiva al tener que recibir directamente a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual exonera a quien generó el daño, por lo cual los fondos privados, más allá de devolver los aportes, deben reconocer sus obligaciones como administradora pensional por falta de información.

Sostuvo igualmente, que para el momento del traslado no era exigible directamente una documentación adicional conforme a lo previsto en la ley, ni que los fondos privados llegaran al nivel de asesoría que expone la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, máxime que dentro del presente caso no existe un engaño o error que hubiese forzado directamente a la demandante a cambiarse de fondo y que ella no tuviera la posibilidad de poder subsanar este mismo error cuando se trasladó; finalmente, que COLPENSIONES es totalmente ajena frente a la relación contractual que sostuvo la señora ELSA DOLORES GARCÉS RODRÍGUEZ con los fondos privados, por lo que no se puede ver afectada al recibir una carga prestacional, pues de ser así se generaría una afectación a la estabilidad financiera del sistema.

PORVENIR S.A. resaltó en su alzada que la afiliación fue voluntaria y libre, aunado a que únicamente le era oponible el Decreto 663 de 1993, es decir, que debía brindar las características, beneficios y desventajas que componían al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que le fuera oponible



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

efectuar algún tipo de estudio comparativo, brindar un buen consejo o una doble asesoría, en la medida en que esas obligaciones surgieron con posterioridad al traslado producido, de ahí que se pueda concluir que como AFP en realidad cumplió con cada una de las obligaciones que se encontraban vigentes para la época.

Que si lo anterior no resulta suficiente para la absolución de las pretensiones, se debe tener en cuenta que la demandante tuvo una serie de actos de relacionamientos que permiten establecer que la demandante no solo quería trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sino que era su elección continuar en el mismo como lo fue el hecho de efectuar un traslado horizontal ante SKANDIA S.A., así como que la actora por lo menos debió actuar como consumidora financiera con mediana diligencia, en el entendido que debió adoptar medidas para obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que se estaba suscribiendo.

Por último, asentó que no existen razones fácticas y jurídicas que conduzcan a la ineficacia en tanto la actora no está haciendo alusión a ningún tipo de engaño o de falta de información, sino que simplemente se encuentra inconforme al sentir que la atención brindada no había sido la adecuada, y que en realidad no se logró validar que como AFP no hubiese cumplido con sus obligaciones al momento del traslado; sin embargo, de salir avante la condena solicita la revocatoria por concepto de devolución de gastos de administración y seguros previsionales, bajo el entendido que tienen una destinación específica por mandato legal la cual ya fue cumplida plenamente, toda vez que esas sumas fueron debidamente invertidas y no se encuentran en su poder.

SKANDIA S.A. argumentó no estar de acuerdo con la devolución de los gastos de administración durante el tiempo de vigencia de la actora ante sus dependencias, con el argumento que esos gastos son una imposición normativa regulada en la Ley 100 de 1993, y surge como consecuencia de la contraprestación de la administración, por lo que se convierten en obligaciones de tracto sucesivo y en tal sentido, esos dineros en la actualidad no se encuentran en sus arcas, y de devolverse se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Así mismo, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”*.



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:

“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 formularios de afiliación de la siguiente manera: (i) el que efectuó la actora ante PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 2000 (Fl. 122); (ii) el que realizara ante SKANDIA S.A. 1º de diciembre de 2008 (Fl. 82); y (iii) el formulario de afiliación que realizara nuevamente a PORVENIR S.A. el 21 de junio de 2013 (Fl. 123).

Si bien el primer formulario de afiliación que suscribiera la actora ante PORVENIR S.A. 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 una información detallada, por el contrario, indicó que para la época del traslado fue su empleador el HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL quien le indicó que debía suscribir el mismo en aras de que pudiese desarrollar su labor como Médica Cirujana.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia de traslado, al no haber cumplido la AFP el *onus probandi* de acreditar la información suministrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto tanto por PORVENIR S.A. como por SKANDIA S.A., respecto a 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 las AFP accionadas 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 al declararse la ineficacia del traslado, la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 del actor, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

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

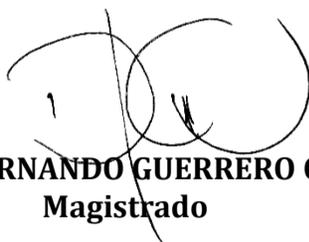
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

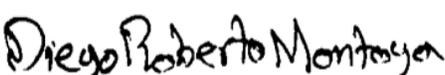
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 14 de abril de 2021 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

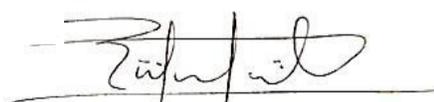
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Labora: 1100131050 29 2019 00677 01
Demandante: LUZ RUBIELA LAVERDE BORREGO
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 13 de abril de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ RUBIELA LAVERDE BORREGO formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad de la afiliación que efectuara en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., por lo que debe trasladársele al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en su caso administrado por COLPENSIONES, junto con la devolución de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.

Por consiguiente, depreca se condene a PROTECCIÓN S.A. aceptar la nulidad de su vinculación y retronarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, enviando el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, reembolsando de forma integral los cobros y gastos de administración. A su vez, que se condene a COLPENSIONES aceptar su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida recibiendo sus aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que ha prestado sus servicios en varias empresas privadas, afiliándose al INTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el mes de junio de 1983. Con posterioridad, en vigencia de la Ley 100 de 1993, tras un acoso constante de la AFP, se afilió a la antigua AFP COLPATRIA, hoy en día PORVENIR S.A., por lo que empezó a efectuar sus aportes pensionales desde el 19 de enero de 1995, trasladándose con posterioridad a la antigua AFP ING, hoy en día PROTECCIÓN S.A.

Que los asesores de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. no tenían un amplio e idóneo conocimiento en temas de seguridad social, por lo que de manera equívoca la indujeron a trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, indicándosele que no perdería los beneficios del Régimen de Prima



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Media con Prestación Definida, además nunca le comunicaron de los riesgos que podía incurrir en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no le suministraron información idónea para asumir una determinación objetiva y no se le efectuó una simulación o comparación del valor de la mesada pensional que obtendría entre uno y otro régimen.

Igualmente, expuso que no aceptó de forma libre perder los beneficios otorgados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aunado a que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP en cuento a que sería liquidado, entre otros factores de desinformación.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Refirió que la afiliación de la actora ante sus dependencias ocurrió el 1º de junio de 2005, por lo que nos encontramos ante un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues es claro que el formulario de afiliación lo suscribió la actora en forma libre y espontánea, solemnizándose de esa forma dicha afiliación, acto este que tiene la naturaleza de un verdadero contrato. Que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica.

COLPENSIONES a su turno indicó que la actora cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad gozaba de plena autonomía para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cambiarse de régimen, lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio, así como que la elección fue de manera libre, voluntaria y sin presiones dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de demanda.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A. expuso que la decisión de la actora de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos de las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, pues antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen pensional; además suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, y en cumplimiento de las exigencias legales, al suscribir la solicitud de vinculación con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó en forma expresa que lo hacía libre y voluntariamente.

Formuló las excepciones de 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 Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizara la demandante ante PORVENIR S.A., en su momento COLPATRIA, el 19 de enero de 1995 con efectividad a partir del 1º de febrero de 1995, declarando a su vez que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

Así mismo, ordenó a PROTECCIÓN S.A. devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, ordenando a su vez a COLPENSIONES a recibir todas las contingencias respectivas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP como carga probatoria el demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, hubiesen brindado una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto, máxime si el formulario de afiliación no se puede entender como un consentimiento informado.

Igualmente, decidió no condenar a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a la devolución de los gastos de administración, bajo el entendido que los mismos están consagrados en la ley, por lo que no accedió a dicha devolución como tampoco al pago de costas procesales.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó que también es procedente por parte de las AFP encartadas la devolución de los gastos de administración, como quiera que la jurisprudencia ha sostenido que deben ingresar a COLPENSIONES como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en atención a que se debe considerar que el negocio jurídico nunca ha sido celebrado, sumado a que debe tenerse en cuenta el artículo 1746 del Código Civil.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Así mismo, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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,



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 31 de julio de 1998 a la antigua AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. (Fl. 17), 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 la misma, pues enunció que en ningún momento se le informó de las características, ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional.

En ese orden de ideas, le asiste razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, al no haberse acreditado el cumplimiento del deber de información.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, dejándose de presente que en la actualidad la actora se encuentra afiliada ante PROTECCIÓN S.A. como da cuenta el formulario de afiliación que realizara ante la antigua AFP SANTANDER en el mes de julio de 2005 (Fl. 19).

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



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 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; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa.

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

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 revocará parcialmente la sentencia de primer grado, en el sentido de que tanto a PORVENIR S.A. como a PROTECCIÓN S.A. debe condenárseles también por la devolución de gastos de administración con destino a COLPENSIONES. **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;

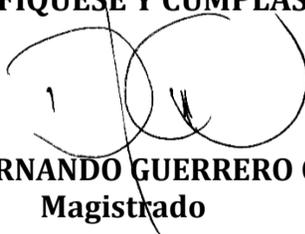
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 13 de abril de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. por conceptos de gastos de administración debidamente indexados, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

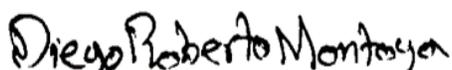
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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 30 2017 00595 01
Demandante: ALICIA ALVAREZ DE SIERRA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

El suscrito Magistrado DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN, previamente manifiesta que una vez revisadas las diligencias se consta que el suscrito magistrado fungió como magistrado del fallo emitido el 27 de abril del 2005 (CD Fl 231), dentro del proceso No 110013105 10 1994 19053, previamente instaurado por la hoy demandante en contra de COLPENSIONES, con el objeto de obtener la indemnización plena de perjuicios y la pensión de sobrevivientes

De cara a lo indicado estaría configurada la causal prevista en el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S, el cual dispone:

“2- Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente. [...]”

Lo anterior en la medida en que ya en un juicio precedente el suscrito conoció la controversia y emitió un pronunciamiento judicial, en torno a la viabilidad de conceder la pensión de sobrevivientes hoy anhelada.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AUTO

Estima la Sala que se configura la causal de impedimento manifestada por el H. Magistrado DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN, ello en tanto de la revisión del plenario, se constata que en efecto fungió como ponente dentro del proceso ordinario laboral radicado con el No. 110013105 10 1994 19053, en el cual se pronunció frente a la procedencia de la pensión de sobrevivientes deprecada en el presente asunto, motivo que impele a aceptar fundado el impedimento.

En virtud de lo anterior, se dispone;

PRIMERO. - DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el H. Magistrado DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN, al encontrarse incurso en la causal de impedimento establecida en el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P.

SEGUNDO. - SEPARAR al H. Magistrado DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN del conocimiento del presente proceso.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS

Magistrado

Una vez determinado lo anterior, se profiere el siguiente;

AUTO:

En primera medida debe indicar a Sala en lo atinente a la solicitud elevada por la parte actora respecto a los oficios que solicita que se libren ante COLPENSIONES y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN sobre el presunto homicidio del causante, que dichas solicitudes se tornan improcedentes en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esta etapa del proceso, por cuanto no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 83 del C.P.T y de la S.S., ello en tanto dicha prueba no fue solicitada en primera instancia ni se trata de un medio de convicción no aportados por hechos no imputables a la parte. Argumentos suficientes para negar las pruebas requeridas.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 17 de noviembre del 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ALCIRA ÁLVAREZ DE SIERRA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES a efectos que se declare que, en calidad de madre del causante, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el accidente de trabajo que padeció el señor LUIS ALBERTO SIERRA ALVAREZ; de igual manera que el hermano del causante, señor CARLOS ALBERTO SIERRA ALVAREZ, dependía económicamente de aquel.

En consecuencia, se condene a la accionada al reconocimiento y pago del seguro de vida colectivo obligatorio del empleador EMPRESA DE VINOS LA RIVERA LTDA., así como a la subrogación del seguro de vida por parte de COLPENSIONES.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones sostuvo que el causante LUIS ALBERTO SIERRA ALVAREZ, falleció el 28 de octubre de 1991, quien no contrajo nupcias ni procreó hijos; agrega que su madre señora ALICIA ÁLVAREZ DE SIERRA y su hermano discapacitado CARLOS ALFREDO SIERRA ALVAREZ, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.



Refiere que en reiteradas oportunidades ha solicitado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES, entidad que ha denegado la prestación económica mediante las Resoluciones Nos. 6127 del 6 de julio de 1993 y GNR 217858 del 25 de julio del 2016, precisando que mediante la primera les fue concedida la indemnización sustitutiva, sin que a la fecha hayan recibido el pago de la misma.

Con auto del 12 de octubre del 2017 se admite la demanda y se ordena integrar el contradictorio con POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., PROCESADORA DE VINOS LTDA. y el señor LUIS SIERRA MERCHÁN.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones en tanto aduce que la demandante no cumple con los requisitos legales requeridos para ser beneficiaria de a pensión de sobrevivientes.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, buena fe, prescripción y la genérica.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones aduciendo que no le constan los hechos de la demanda y no se aporta prueba que los acredite, además que las pretensiones no se dirigen en su contra.

Formula como excepciones previas las de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa y no comprender la demanda a todos los litis consortes. Como de fondo, formuló las de inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, prescripción, buena fe y la genérica.

RIVELINO LTDA. EN REORGANIZACIÓN, se opuso a las pretensiones indicando que desde que COLPENSIONES asumió el riesgo de muerte, desapareció para la empresa la obligación de adquirir un seguro colectivo.

Propone como medios exceptivos de mérito los que denomina prescripción de derechos laborales, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

inexistencia de normatividad específica que establezca el tiempo que debe conservarse una historia laboral, posible existencia de temeridad y la genérica.

Con auto del 17 de agosto del 2018, se tiene por no contestada la demanda frente al señor LUIS SIERRA MERCHÁN.

Con auto del 27 de agosto del 2019, se dispuso vincular a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA -UGPP, quien a su turno al contestar la demanda se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y jurídico. Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación demandada, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 17 de noviembre del 2020, declaró de oficio la excepción de cosa juzgada, por lo que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas.

Como sustento de su decisión indicó que la normativa vigente para el momento del fallecimiento del trabajador es el Acuerdo 049 de 1990, y por lo tanto no resulta procedente aplicar una norma posterior en virtud del principio de la condición más beneficiosa o favorabilidad.

Adicionalmente se configura cosa juzgada, por cuanto el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, con fecha 5 de marzo de 2005, profirió sentencia mediante la cual las pretensiones formuladas y declaró probada la excepción denominada ausencia de causa y título, decisión confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá Sala de Decisión Laboral, ello en tanto se estudió la pensión de sobrevivientes.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte actora presenta recurso de apelación, en el que expresa el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES expidió la Resolución No. 006127 de 1993, mediante la cual resolvió la solicitud de reconocimiento de la prestación económica de seguro de invalidez, vejez y muerte, en la cual se consideró que el causante falleció con causa de origen no profesional, pese a se trató de un accidente de trabajo, lo cual se acredita con el expediente penal y el dictamen de medicina legal.

De otra parte, que de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, los beneficiarios tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, y negarse tal acreencia implica vulnerar derechos fundamentales y causar un perjuicio irremediable, máxime que la accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional.

De igual manera argumenta que no era dable vincular a la UGPP ni a la COMPAÑÍA DE SEGUROS POSITIVA S.A., al no tener injerencia en el reconocimiento pensional.

Finalmente, respecto a la cosa juzgada que el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá falló otra acción que difiere del presente proceso, en tanto no se esta deprecando el reconocimiento de una indemnización sino de la pensión de sobrevivientes.

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 resultó atinada la



decisión del *a-quo* al declarar probada la excepción de cosa juzgada y en caso de no ser así, establecer si el causante falleció con ocasión de un accidente de trabajo, en virtud de lo cual a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Siendo del caso precisar que los argumentos atinentes a que no se debió vincular a POSITIVA S.A. y la UGPP debieron ser formulados de forma oportuna impugnando el auto mediante el cual se dispuso la vinculación de la entidad. Por ende, en esta etapa procesal dicha inconformidad es a todas luces extemporánea y por ende no se abordará su estudio, máxime que tal vinculación no se constituyó en motivo de la decisión absolutoria.

a. De la Cosa Juzgada:

En primera instancia se declaró probada la excepción de cosa juzgada, con fundamento en el proceso promovido por el demandante contra la misma entidad, que fuere conocido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Así las cosas, para desatar la controversia, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P, norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S, consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos”.

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado entre otras, en la sentencia SL-8658 de 2015, recordada en la sentencia SL-1303 de 2018, que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

De cara a lo indicado, lo primero que se debe indicar es que se puede corroborar en el sistema de consulta de la Rama Judicial y puntualmente en la documental de folio 105, se evidencia el registro de 4 procesos ordinarios y una acción de tutela promovidos por la libelista contra COLPENSIONES, dos de los cuales, adicional al presente, fueron adelantados por la demandante y su cónyuge, mismo que aparecía en el escrito primigenio, antes de la corrección de la demanda, peticionando el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante.

Con todo, de las acciones ya enunciadas obra prueba en el plenario de las decisiones judiciales promovidas en primera y segunda instancia dentro del proceso ordinario No 110013105 10 1994 19053 00, la primera proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de marzo del 2005 y la segunda, proferida por esta Corporación el 27 de abril del 2005 (CD Fl 231), piezas procesales en las cuales se puede corroborar que en dicho proceso la demandante y su cónyuge el señor LUÍS SIERRA MERCHÁN promovieron demanda en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y VINOS RIVERA “PROVINOS LTDA.” en aras de obtener la indemnización plena de perjuicios por la muerte del señor LUIS ALBERTO SIERRA ALVAREZ, así como la pensión de sobrevivientes, ambos pedimentos fundamentados en que el causante falleció en un accidente de origen laboral. Proceso judicial que resultó adverso a las pretensiones de los libelistas, en tanto se fulminó sentencia absolutoria en primer grado y la misma se confirmó en segunda instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De cara a lo expuesto, no cabe duda alguna en cuanto a que existe una identidad de partes, pretensiones y *causa petendi*, pues nuevamente la demandante promueve acción judicial en aras de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del SEÑOR LUÍS ALBERTO SIERRA ÁLVAREZ, con fundamento en el argumento consistente en que falleció en un accidente laboral, lo cual comporta sin lugar a dudas la existencia de la cosa juzgad.

Sin que sea dable, ni concebible en momento alguno que se susciten juicios interminables en aras de obtener lo pretendido por la actora, modificando simplemente el orden de las pretensiones o las partes demandadas, cuando quiera que a simple vista se puede corroborar que la libelista persigue un único objetivo con las acciones judiciales entabladas, cual es obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Argumento que resulta inalterable, incluso independientemente de la edad que tenga la demandante, pues lo cierto es que la decisión adoptada se ajusta a derecho y no comporta ningún quebranto a los derechos fundamentales de la libelista.

Con todo, existe un único punto respecto al cual, en efecto no se avizoraría cosa juzgada y esto es el reconocimiento del seguro de vida que reclama la promotora a COLPENSIONES. Pero lo cierto es que este *petitum* carece de respaldo jurídico, por cuanto no existe norma alguna que conmine a la demandada a reconocer dicho derecho, motivo por el cual no es dable disponer su reconocimiento.

Por lo hasta aquí descrito se modificará la decisión de primera instancia solo en cuanto a declarar parcialmente probada la excepción de cosa juzgada frente a las pretensiones encaminadas a obtener la pensión de sobrevivientes y declarar probada la de inexistencia del derecho frente al seguro de vida reclamado, confirmando en todo lo demás la providencia de primer grado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 el ordinal primero de la sentencia proferida el 17 de noviembre del 2020, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia, precisando que la excepción de cosa juzgada se declara parcialmente probada tan solo en lo tocante a las pretensiones en caminadas a que se declarara el derecho a la pensión de sobrevivientes con fundamento en el accidente laboral del finado y declara la excepción de inexistencia del derecho frente a la reclamación encaminada a obtener el seguro de vida.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Con Impedimento



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 31 2011 00678 01
Demandante: ALIRIO SOTO SUAREZ
Demandados: RAUL LIZARAZO SANDOVAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia proferida el 27 de abril del 2021, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALIRIO SOTO SUÁREZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de RAÚL LIZARAZO SANDOVAL con el objeto que se declare que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido del 1º de marzo de 2002 al 4 de octubre del 2008. En consecuencia, se condene al demandado en calidad de dueño del establecimiento de comercio denominado “RALI a las DISEÑOS” a cancelarle el valor del auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, dotación, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, indemnización por despido injusto y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que el 1º de marzo de 2002 entre el demandante y el señor RAÚL LIZARAZO SANDOVAL, quien es propietario del establecimiento de comercio “RALI DISEÑOS”, se suscribió un contrato de trabajo, en virtud del cual el ejerció la labor de ebanista, con un salario de \$1.200.000, recibidos en sumas semanales de \$300.000.

El día 4 de octubre del 2008, el demandante fue despedido en forma verbal por el señor RAÚL LIZARAZO SANDOVAL, sin motivación alguna, adeudando además las acreencias laborales deprecadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El demandado, a través de curador *ad-litem* contestó la demanda, manifestando no constarle los hechos de la misma, por lo que se atiene a lo que se pruebe en el curso del proceso. Propuso como medios exceptivos la prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 27 de abril del 2021, absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandado.

Como sustento de la decisión aduce que dentro del proceso no existe ningún medio probatorio que dé cuenta de la prestación personal del servicio, y de contera, de la relación laboral alegada, ello en tanto solo se aportó un acta de no conciliación y un certificado de existencia y representación legal, luego no se probaron los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T y la S.S, en la media en que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del libelista hay lugar al estudio de la misma, en el grado jurisdiccional de consulta.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 entre las partes existió un contrato de trabajo y si con ocasión al mismo el demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales, aportes al Sistema General de Seguridad Social y la indemnización moratoria reclamada.

b. 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, lo cual ha señalado, entre otras, en las sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 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).

De cara a lo expuesto basta recabar en que en el *sub-lite*, las pretensiones del libelista tienen una absoluta orfandad probatoria, por cuanto no aportó al plenario prueba alguna que permita llegar a inferir si quiera que en efecto el señor ALIRIO SOTO SUÁREZ, prestó sus servicios personales como ebanista para el hoy demandado RAÚL LIZARAZO SANDOVAL.

Lo anterior, como quiera que los únicos medios probatorios aportados son:
(i) acta de no conciliación ante el Ministerio de Trabajo, en la que no se llegó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a acuerdo alguno por cuanto el hoy demandado negó la existencia del vínculo laboral que se alega (Fl 8); y (ii) el certificado del establecimiento de comercio “RALI DISEÑOS”, del cual lo único que se desprende es que el hoy demandado, funge como su propietario (Fl 9).

Dimana de lo expuesto que la parte demandante, no logró acreditar si quiera la prestación personal del servicio que alega, lo que en suma implica que ni siquiera se puede aplicar la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T y en consecuencia resulta lógico que no se accediera en primer grado a declarar la existencia del vínculo laboral alegado.

Bajo estos presupuestos, es patente que el demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S, en tanto no probó los supuestos de hecho sobre los cuales recaen sus pedimentos. Dislate, que no puede conducir a un punto distinto a la absolución de las pretensiones incoadas, como se estableció en primera instancia.

Conforme lo dispuesto en líneas precedentes, habrá de confirmarse la sentencia objeto de análisis en este grado jurisdiccional de consulta.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:

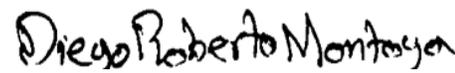
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 27 de abril del 2021, atendiendo a los argumentos que fueron expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

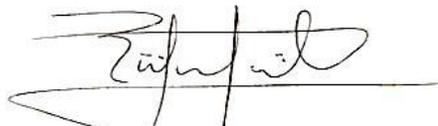
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 **33 2019 00143 01**
Demandante: ESPERANZA DEL CARMEN SOSA VALDERRAMA
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por COLPENSIONES y COLFONDOS, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de noviembre del 2020.

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:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ESEPRANZA DEL CARMEN SOSA VALDERRAMA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a efectos que se declare nulo e ineficaz el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo cual se debe entender su permanencia ininterrumpida ante COLPENSIONES.

En consecuencia, peticona que condene a COLFONDOS S.A., como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y afiliación de la señora ESPERANZA DEL CARMEN SOSA VALDERRAMA, para que proceda a trasladar todos los aportes efectuados por la afiliada junto con sus rendimientos, intereses



y cobros por administración a COLPENSIONES, así como los detalles del traslado de aportes; se condene a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLFONDOS S.A., proceda a activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se condene a COLPENSIONES a aceptar y recibir el traslado de los aportes de la demandante y darles plenos efectos a las nulidades declaradas, al pago de las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 13 de octubre de 1959; se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 29 de septiembre de 1983 y cotizó hasta el 31 de diciembre de 1994 un total de 480,29 semanas; señala que posteriormente suscribió un formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. a partir del 3 de mayo de 1994.

Precisa que el traslado se dio como resultado de un engaño, pues el asesor de la AFP le informó a la promotora que tendría falsos beneficios y le ocultó información, pues no le explicó que el monto de su mesada pensional dependía de la totalidad del capital que lograra ahorrar y solo le indicó las presuntas ventajas del traslado de régimen, sin indicarle las desventajas.

Refiere que, tras establecer el engaño, mediante oficio del 28 de agosto del 2018 solicitó la ineficacia del traslado de régimen, exponiendo las razones por las cuales consideraba que existía un vicio en el consentimiento, solicitud que fue denegada mediante oficio del 18 de septiembre del 2018.

Así mismo, que ofició a COLPENSIONES en aras de obtener la declaratoria de ineficacia o la nulidad del traslado, solicitud que también resulta despachada de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES contestó la demanda mediante escrito en el que se opone a las pretensiones, en tanto aduce que la promotora del litigio se encuentra afiliada válidamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A. a su turno al momento de contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, en tanto la vinculación de la parte demandante a la AFP, se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos.

Propuso como excepción previa la que indebida acumulación de pretensiones y como de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, la genérica, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorio administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación en pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la señora ESPERANZA DEL CARMEN SOSA VALDERRAMA; declaró que la actora actualmente se encuentra afiliada a COLPENSIONES; ordenó a COLFONDOS S.A. a realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus rendimientos y comisiones, incluidos los gastos de administración que se generan durante la afiliación; ordenó a COLFONDOS S.A a pagar de ser el caso las diferencias que lleguen a resultar entre los ahorros del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su equivalente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los cuales serán asumidos a cargo del propio patrimonio, teniendo en cuenta que fue la entidad la que dio origen al acto de afiliación, ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas y reactivar a la afiliación de la demandante, declaró no probada la excepción de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prescripción, conminó a COLPENSIONES y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de los procesos de ineficacia y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

Como sustento de su decisión precisó que, en el presente caso, no se dio un cumplimiento al deber de información en su primera fase, que consistía en brindar no solo unos aspectos relativos al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sino comparativamente frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y como irradiaría la decisión en la situación pensional, por lo cual se debe dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en torno a que cualquier situación que surja en violación al artículo 13 de la misma ley, conlleva a la ineficacia de dicho acto jurídico, y por ende se debe verificar al devolución de los emolumentos cobrados, al punto que los mismos sean equivalentes a la continuación de la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último, que la ineficacia no puede estar cobijada bajo el fenómeno prescriptivo, dado que se encuentra atada al fenómeno o al principio de la irrenunciabilidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLFONDOS S.A. presenta recurso de apelación en el que solicita la revocatoria de la sentencia, teniendo en cuenta que la demandante se vinculó de manera libre y voluntaria, y si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en yerro para la toma de la decisión, se constituiría en un error de derecho, lo cual no vicia el consentimiento, máxime que en el interrogatorio de parte confesó que tuvo una asesoría presencial y verbal, por lo tanto, no hay omisión alguna por la AFP.

De otra parte, que no es dable emitir condena a la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima de seguro previsional como la comisión por el manejo de los aportes obligatorios, son de consagración legal. De igual manera, tampoco es procedente condenarla a que asuma las diferencias a que haya lugar derivadas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del cálculo de diferencias entre regímenes, máxime si la cuenta de ahorro individual de la demandante se ha visto beneficiada por los rendimientos que se han generado.

Frente a este tema, la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010, le impuso la obligación a COLPENSIONES de informar al afiliado cuál era la diferencia del valor de los dos aportes entre regímenes sobre el saldo a trasladar, y acordar con el afiliado, un plazo prudencial para que el afiliado asumiera la diferencia restante, por lo que, de presentarse la misma será la parte demandante quien la solucione.

A su turno, COLPENSIONES presenta recurso de apelación en el que en suma indica que la decisión ocasiona un perjuicio al sistema pensional, en tanto la accionante no cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y lo consignado en la cuenta de ahorro individual no será suficiente para financiar su propia pensión, sumas de dinero que serán tenidas que sufragar por parte de COLPENSIONES; de otra parte, que no se acreditaron vicios del consentimiento.

Refiere además que las decisiones que se están tomando de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación que afecta el principio de sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Dado el evento en que se declare la nulidad, solicita se realice el cálculo actuarial, bien sea a cargo del fondo responsable del vicio o de la demandante en la descapitalización del sistema teniendo en cuenta que como lo menciona la sentencia SU-062 de 2010, para que una persona pudiera acceder al traslado por cumplir los requisitos de las 750 semanas, esta adicionalmente tiene que pagar un cálculo de rentabilidad, y en este caso no se podría desconocer dicha situación.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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,



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 3 de mayo de 1994 a la AFP COLFONDOS S.A. (Fl. 20), 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, sostuvo que el traslado fue en 1994, cuando en su lugar de trabajo se hizo una reunión en la cual se refirió que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar; se hizo una asesoría grupal por espacio de media hora, en donde se expuso que se podría pensionar a los 50 años de edad y con una mesada más alta, tras lo cual les hicieron firmar la asistencia y el formulario.

En ese orden de ideas, no se acreditó por la AFP el debido cumplimiento del deber de información, ni se confesó por activa dicha situación, por ende, le asiste razón la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con



cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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 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, en lo tocante a la condena fulminada por el fallador de primer grado consistente en ordenó a COLFONDOS S.A a pagar, además de los emolumentos propios de la ineficacia, y de ser el caso, las diferencias que lleguen a resultar entre los ahorros del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su equivalente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los cuales serán asumidos a cargo del propio patrimonio.

Frente a tal aspecto estima la Sala que no hay lugar a fulminar esta condena por cuanto la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha sido precisa y consecuente en torno a cuales son los montos que deben asumir las AFP ante la ineficacia del traslado, como se explicó en precedencia y en todo caso, en el plenario no existe prueba alguna de que exista la mentada diferencia, razón por la cual se revocará la condena fulminada en tal sentido.

Bajo esta misma senda, frente a lo solicitado por COLPENSIONES en el recurso de alzada referente a que se ordene realizar un cálculo actuarial con miras a definir los perjuicios irrogados a la entidad por el traslado, basta indicar que dicha orden escapa del objeto jurídico de la presente litis, a más que COLPENSIONES bien tiene la potestad de iniciar el proceso jurídico que estime pertinente contra la AFP hoy condenada en juicio, a efectos de que responda por los perjuicios que considere le fueron causados y los mismos deberán ser probados y analizados en la oportunidad legal pertinente.

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 revocará parcialmente la sentencia 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;

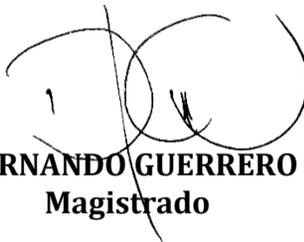
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 12 de noviembre del 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

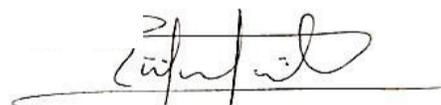
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 37 2019 00316 01
Demandante: JUAN MANUEL RAMIREZ ACERO
Demandado: NORA CELIS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida el 4 de marzo del 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUAN MANUEL RAMIREZ ACERO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de NORA CELIS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ con el objeto que se declare que el actor le prestó sus servicios personales como profesional del derecho a fin de asesorarla y representarla en el trámite de liquidación de la sociedad patrimonial conyugal y cesación de efectos civiles del matrimonio católico, demanda de alimentos y en un proceso ejecutivo singular.

En consecuencia depreca que se condene a la demandada a pagar la cifra que resulte y determine al aplicar el 10% de lo adjudicado en la liquidación de la sociedad patrimonial conyugal, por haber recibido efectivamente la adjudicación de los bienes y la suma de dinero pactada mediante el ejercicio de los servicios profesionales a ella prestados bajo la modalidad de cuota litis, que asciende a \$475.000.000; el 20% del recaudo en su favor dentro del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

proceso ejecutivo singular seguido contra el señor RAFAEL REYES MOLINA, en el cual recibió la suma de \$160.000.000; más las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que el 25 de agosto del 2011 representó a la señora NORA LELIS RODRIGUEZ ante la Comisaria de Familia de Ubaté en diligencia de conciliación respecto de los alimentos a favor de sus hijas menores; el 26 de agosto del 2011 lo consultó en su oficina profesional acerca del trámite de su divorcio y liquidación de la sociedad conyugal, en la cual se acordó que el demandante la asesoraría y representaría en el proceso de alimentos, liquidación de la sociedad patrimonial y el proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, pactando como honorarios respecto de la liquidación de la sociedad conyugal el 20% de los adjudicados y entregados si se hacía por notaria o el 10% por vía de conciliación y transacción.

El 8 de noviembre del 2011 se arribó a un acuerdo transaccional, el cual se firmó el 9 de noviembre del mismo año, el 22 de diciembre del 2011 ante la Notaria Primera se liquidó la sociedad patrimonial, recibiendo la demandante un total de \$245.250.000 y recibió como abono a sus honorarios la suma de \$20.000.000.

Le fue concedido poder para iniciar el proceso de alimentos en favor de los hijos y el 7 de octubre del 2013 el Juzgado Promiscuo de Ubaté, fijó una cuota alimentaria de \$800.000.

El 18 de marzo del 2014 la demandante le otorgó poder para cobrar vía ejecutiva la tercera de las letras que le fueron entregadas como producto del proceso de liquidación de la sociedad conyugal y producto del proceso, la actora recibió el pago de \$160.116.344 mediante títulos de depósito judicial.

Precisa que a la fecha no se le ha cancelado en su integridad el monto de los honorarios a los cuales tiene derecho.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada NORA LELIS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ en su escrito de contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto aduce que la asesoría brindada fue incompleta y no integral, a más que nunca se pactaron los porcentajes a los cuales se alude en el libelo introductorio.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido, compensación, buso del derecho, falta de diligencia y cobro exagerado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de marzo del 2021, declara probada la excepción de cobro de lo no debido y absuelve a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para tal efecto estimó que no se acreditó por ningún medio de convicción el pacto de los horarios ni los términos indicados por la parte actora, ello pese a que es un deber profesional del demandante dejar en claro el monto de los honorarios pactados conforme el artículo 28 del Código Disciplinario del Abogado.

Luego, sin desconocer que efectivamente fueron adelantadas las actuaciones judiciales, corresponde definir dicha situación a la luz de las tarifas establecidas por el Colegio Nacional de Abogados CONALBOS; para tal efecto la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso y la liquidación de sociedad conyugal fue el 22 de diciembre del 2011, por lo tanto, tomando las tarifas fijadas por CONALBOS para esa anualidad, los honorarios se pactaran estableciendo dos salarios mínimos mensuales legales vigentes más el 8% del valor de los bienes a la parte que se representa hasta \$10.000.000, de \$10.000.001 a \$50.000.000 el 5%, de \$50.000.000 a \$100.000.000 el 3%, y más de \$100.000.000 el 2%.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta el valor aceptado por la demandada reconocido por ese concepto, se tiene que aplicando las tarifas anteriormente indicadas y tomando el salario mínimo legal mensual vigente, arroja una suma total de \$13.792.950, la cual resulta incluso inferior al monto solucionado por concepto de honorarios.

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 no es dable estimar que los honorarios pactados incluso serían inferiores a los inicialmente pagados, y *a contrario sensu*, el pago inicialmente verificado y aceptado, es plena prueba que existían saldos insolutos, sin que sea factible estimar que el pago haya correspondido a una solución anticipada de la totalidad de los honorarios.

De otra parte, que la demandante falta a la verdad en el interrogatorio de parte alegando además la prescripción de la obligación, cuando es claro que cuando el saldo de los honorarios se sujetaba al pago de la última letra, siendo así un arreglo global el pactado. Finalmente que, si bien no existe pacto escrito, si se hizo de manera verbal, sin que se haya debido estimar una reliquidación de honorarios inferior al pago inicial de los mismos.

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 por activa se tiene



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

derecho al reconocimiento y pago de honorarios profesionales reclamados en el libelo genitor.

c. De los Honorarios:

El trabajo, en nuestro sistema jurídico, goza de una amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

El Constituyente, sin embargo, no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios independientes, pues la segunda corresponde a una de las múltiples formas de la contratación particular, la cual no puede ser asimilada al contrato de trabajo, ya que tiene alcances jurídicos distintos.

Así, cuando quiera que se trate de la prestación de servicios de abogacía, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

De otra parte, el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

De cara a lo indicado, deviene lógico referir que cuando quiera que una persona busque el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde acorde las reglas de la carga de la prueba, acreditar a más del poder que le fuere conferido, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo y si precisa que le sea reconocida una suma determinada por concepto de honorarios acorde lo pactado con su poderdante, es lógico que acredite el mentado pacto y la suma o porcentaje acordado por concepto de honorarios.

d. Del caso en concreto:

En el *sub-lite*, anhela el demandante el reconocimiento y pago de los honorarios por parte de la enjuiciada, aduciendo de forma clara y concreta en el libelo genitor que las partes pactaron un porcentaje del 10% de lo adjudicado en la liquidación de la sociedad patrimonial conyugal en la que la representó y el 20% de lo recaudado en el proceso ejecutivo singular.

En claro el *petitum* de la demanda y con este el objeto del debate en el curso del proceso, se debe iniciar por indicar que se encuentra plenamente acreditado que el promotor fungió como apoderado de la demandante: (i) ante la Comisaria de Familia de Ubaté dentro de la audiencia extrajudicial de conciliación que se surtió el 25 de agosto del 2011(FI 8); (ii) en la suscripción del contrato de transacción suscrito en el trámite de liquidación de la sociedad conyugal (FI 12); (iii) así como el trámite mismo de la liquidación de la sociedad conyugal que se adelantó ante la Notaria Primera del Circuito de Bogotá (Fls 14-37); (iv) en el proceso verbal sumario de alimentos ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Ubaté (Fls 44-46) y (v) el proceso ejecutivo No. 2014-0062 ante el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté (Fls 57-76). Por manera que no existe discusión alguna en torno a las diversas gestiones judiciales que promovió el demandante, en calidad de apoderado de la hoy demandada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sin embargo, no ocurre lo mismo frente al pacto que existió entre las partes con relación al monto de los honorarios que aduce el demandante hizo parte del acuerdo global al que se refiere en la demanda y el recurso de alzada, pues brilla por su ausencia prueba de cualquier índole que nos permia establecer con meridiana claridad cual fue el pacto al cual llegaron las partes.

Siendo del caso precisar que en efecto le asiste la razón al fallador de primera instancia al advertir que, en la declaración de parte rendida por la convocada a juicio, no existe luz alguna de confesión. *A Contario sensu*, se limita a aceptar en la declaración que fruto de la liquidación le correspondió la suma de \$475.000.000 y que como producto de la compraventa del almacén le giraron tres letras de cambio por valor de \$81.500.000, y aunque admite que el demandante fungió como su apoderado, refiere que ya le pago los honorarios por valor de \$20.000.000, más \$7.000.000 u \$8.000.000 de un edificio que tienen en común, pero niega rotundamente que se haya pactado el 20% en caso de una demanda judicial y el 10% por acuerdo transaccional. Igualmente, si bien admite que le otorgó poder para el proceso ejecutivo del cobro de una de las letras de cambio y que producto del mismo recibió la suma de \$160.000.000, lo cierto es que niega que se hubiese pactado el monto de los honorarios a los que refiere el promotor en la demanda.

Ahora, aunque asevera el recurrente que la enjuiciada faltó a la verdad en su declaración, tal afirmación no cuenta con soporte probatorio, luego no puede la Sala dar por sentado que la declaración es falsa. Ni mucho menos, entrar a presumir que si ya se había pagado una suma de \$20.000.000 está no podía comportar el pago total de los honorarios pactados por las partes, sino un abono parcial sobre el monto realmente pactado. Lo anterior, en la medida en que las decisiones judiciales se deben basar en los hechos concretos y puntuales que se prueben en el curso del proceso, más no en las tesis que planteen las partes si estas no gozan de respaldo probatorio.

Implica lo expuesto que si bien existen pruebas frente a la gestión realizada por el demandante en los diversos procesos judiciales promovidos como apoderado de la accionada, existe una total orfandad probatoria en torno al pacto de los honorarios a los cuales se alude en la demanda y que fueron el fundamento del *petitum*, por manera que es claro que el promotor del juicio



no cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del C.G.P, conforme al cual, es del resorte de las partes probar los fundamentos de facto de las normas que consagran el efecto jurídico que se persigue.

En tal sentido, le asiste la razón al fallador de primera instancia al indicar que no hay prueba de lo pactado por la partes y resaltar que era una obligación del demandante ser claro en el monto de los honorarios pactados acorde lo dispone en numeral 8° del artículo 28 de la Ley 1123 del 2007, llegando incluso a revisar las tarifas establecidas por el Colegio Nacional de Abogados, para definir que ni siquiera de estas se pude inferir que el monto de los honorarios sea el que se alude en la demanda y es que en verdad acorde las tarifas establecidas por CONALBOS para el año 2011, se establece:

“12. Derecho de familia.

“12.1. Separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal. Dos salarios mínimos legales vigentes más el 8% del valor de los bienes de la parte que se represente hasta \$ 10.000.000; de \$ 10.000.001 a \$ 50.000.000 el 5%; de \$ 50.000.001 a \$ 100.000.000 el 3% y más de \$ 100.000.000 el 2%.

*“12.2. Inexistencia del matrimonio. Dos salarios mínimos legales vigentes.
12.3. Nulidad y disolución del matrimonio. Cuatro salarios mínimos legales vigentes.*

“12.4. Divorcio del matrimonio civil. Cinco salarios mínimos legales vigentes; si hay mutuo acuerdo, tres salarios mínimos legales vigentes.

“12.5. Cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso. Cinco salarios mínimos legales vigentes y por mutuo acuerdo tres salarios mínimos legales vigentes.”

Luego ese ejercicio realizado por el fallador de primera instancia, lejos de buscar declarar que el demandante le adeudaba sumas de dinero a la pasiva por un pago excesivo, como se alude en la alzada, tenía como fin resaltar que a más de no existir sustento probatorio del acuerdo frente al monto de los honorarios pactado por las partes, tampoco se podía dar por sentado deuda alguna de honorarios con arreglo a las tarifas reguladas por el Colegio Nacional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de Abogados, a las que acudió de manera supletiva ante la inexistencia de prueba del acuerdo en el monto de los honorarios.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V.- DECISIÓN:

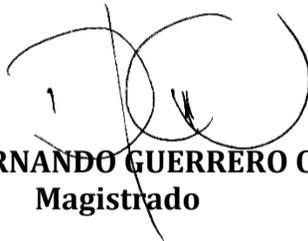
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

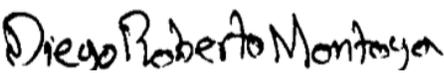
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de marzo del 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

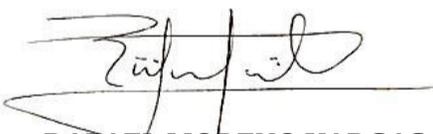
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 37 2019 00695 01
Demandante: AUGUSTO GARCÍA PINILLA
Demandado: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 27 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses 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 AUGUSTO GARCÍA PINILLA formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. el 8 de marzo de 1995, ante la indebida y nula información que suministró el fondo privado para convencerlo que se trasladara de régimen pensional en atención de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así mismo, se le ordene a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. realizar todas las gestiones administrativas encaminadas a anular el traslado, trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, así como que se le ordene a COLPENSIONES recibirlo sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y proceda a corregir y actualizar su historia laboral, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que nació el 20 de enero de 1961, afiliándose al sistema general de pensiones por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 1º de septiembre de 1984.

Que el día 8 de marzo de 1995, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., de ahí que la anulación del traslado que realizó el 8 de marzo de 1995 sea viable ante la falta de información de la AFP ya que esta última no le informó sobre el año de gracia contemplado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, ni le informó sobre la posibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, entre otros factores.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que el demandante nació el 20 de enero de 1961, por lo que a la fecha cuenta con 59 años de edad, lo que conlleva a que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goce de plena validez de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Que, en igual sentido, no resulta procedente el traslado en tanto no demostró en la afiliación vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe al momento de afiliarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones denominadas el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. por su parte sostuvo que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorado acerca de las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, en el que 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 54 A del C.P.T y de la S.S.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de abril de 2021 declaró la ineficacia del traslado efectuada por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 8 de marzo de 1995, por lo que condenó a PORVENIR S.A. a transferir con destino a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta individual, junto con bonos pensionales, rendimientos financieros y costos cobrados por administración.

Igualmente, condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del actor, y aceptar los valores que remita PORVENIR S.A., condenando a esta última al pago de costas procesales.

Para arribar a dicha conclusión, expuso que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP como carga probatoria el demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, hubiesen brindado una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó que no se tuvo en cuenta que el conocimiento informado del demandante para su libre escogencia de régimen pensional se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, el cual no fue tachado de falso y en el que quedó consignado que se suscribía de manera libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al igual que declaró que los datos proporcionados eran verdaderos, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, no se trata de una simple declaración vacía en un formato de afiliación, sino de un requerimiento legal expresamente suscrito por el actor, quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Que en el hipotético caso de aceptarse que la afiliación estuvo viciada por la ausencia total de la información o que la misma fue insuficiente, al momento de revisar el traslado es incuestionable que siempre se le garantizó el derecho al retracto, pues así lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1163 de 1994 así como la Ley 797 de 2003, aunado a que con la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes se desconoce el principio de la autonomía privada con la que contaba el accionante definida por la jurisprudencia constitucional.

Al unísono, argumentó la inconformidad de devolver los conceptos de gastos de administración y primas de aseguradoras, por cuanto se está desconociendo una característica que le es propia y establecida por la ley al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime si se tiene en cuenta que al declararse la ineficacia del traslado es como si el acto jurídico nunca hubiese existido, y de retornar tales emolumentos configuraría un enriquecimiento ilícito.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES por su parte, refiere que le incumbe a la parte demandante comprobar los supuestos fácticos de la demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., sin que tal actuar se hubiese llevado a cabo. Que de las pruebas arrimadas al plenario, en especial del interrogatorio de parte rendido por el actor, se pudo colegir que tenía conocimiento previo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, adicional a que reconoció tener conocimiento del concepto del cálculo actuarial, el cual es de suma importancia en ese régimen para determinar la mesada pensional.

Que también se demostró que no existió omisión en la información por parte de PORVENIR S.A., ni hubo presión ni constreñimiento alguno al actor para la suscripción del formulario de afiliación, más aún si el actor, si bien argumenta haber tenido inconformidad con el traslado nunca lo manifestó.

Por último, destacó que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera pues el actor la mayoría de su vida laboral ha cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que en caso de obtener una pensión supondría un detrimento patrimonial.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Así mismo, 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 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 8 de marzo de 1995 a la AFP PORVENIR S.A. (Fl 143), 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 la misma, máxime si fue enfático en resaltar que la asesoría brindada duró un aproximado de quince o veinte minutos, tiempo respecto del cual no se puede entender como aquella en la que se suministró una comparación de ambos regímenes, como tampoco las ventajas y desventajas junto con las demás consecuencias legales entre uno y otro.

De tal manera, que le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, en tanto por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el cumplimiento del deber de información.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto respecto a 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.”



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 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 haya 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 la AFP 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 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 PORVENIR S.A. 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.

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



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 sentencia proferida el 27 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete 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 de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **38 2016 00702 01**
Demandante: AMPARO AROCA LEAL
Demandado: HEREDEROS DETERMINADOS E
INDETERMINADOS DE ANTONIO JOSÉ
WIESNER MORALES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 26 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora AMPARO AROCA LEAL, promovió demanda ordinaria laboral en contra de los herederos determinados e indeterminados del señor ANTONIO JOSÉ WIESNER MORALES, con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñándose como auxiliar de enfermería a favor del causante y que finalizó por fallecimiento del empleador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se solicita se condene a los llamados a juicio a reconocer y pagar las prestaciones sociales causadas y adeudadas en la vigencia de la relación laboral, así como la sanción por no consignación de las cesantías, compensación de vacaciones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y lo correspondiente a 11 días de salario adeudados, causados entre el 1º de abril de 2016 al 11 de abril del mismo año; al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el señor ANTONIO JOSÉ WIESNER MORALES, desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería, con una asignación mensual de \$1.950.000, labores que inició el 8 de marzo de 2013 y que finalizaron por muerte de su empleador el 11 de abril del 2016, fecha para la cual tenía una asignación promedio mensual de \$2.150.000.

Precisó que a la terminación del contrato no recibió el pago de salarios ni prestaciones sociales, adeudándole 1114 días por concepto de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y compensación de vacaciones, además, afirma no se solucionó lo correspondiente a 11 días de salario, esto es, entre el 1º de abril de 2016 al 11 de abril del mismo mes y año.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La señora SILVIA URBINA RESTREPO, representante legal de los menores de edad, herederos determinados FEDERICO WIESNER URBINA y JACOBO WIESNER URBINA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que carecen de fundamento fáctico y jurídico; indica que se le canceló la totalidad de salarios y prestaciones a la demandante, ya que el señor JOSÉ WIESNER MORALES le solucionaba de manera diaria dichos conceptos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Además, que se realizó a favor de la actora liquidación final de acreencias laborales el día 20 de junio de 2016, mediante título de depósito judicial No. 400100005586151 por valor de \$10.669.641, por el periodo comprendido entre los años 2013 a 2016, dichos montos los discriminó así: por cesantías de los años 2013 a 2016 la suma de \$6.653.056; intereses de cesantías para la misma temporalidad, un total de \$2.470.501; por prima de servicios \$6.653.056 y por compensación de vacaciones \$3.326.528; dicha consignación se efectuó bajo los postulados del artículo 65 numeral 2º del C.S.T., por intermedio del Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá y se le comunicó a la demandante a su dirección de residencia Calle 140 No. 114-85 de Bogotá.

Igualmente relata que el señor ANTONIO JOSÉ WIESNER pagó durante la vigencia de la relación laboral lo atinente a cesantías e intereses de cesantías, que su actuar siempre estuvo guiado bajo los postulados de la buena fe, así mismo, el de los herederos determinados, quienes por medio de su señora madre liquidaron las acreencias laborales una vez finiquitó el contrato de trabajo, aunado a que el causante se encontraba en delicado estado de salud, padeciendo distintas patologías, por lo que requería de la atención permanente de auxiliares de enfermería.

Finalmente, se allana a la existencia de la relación laboral entre la señora AMPARO AROCA LEGAL y el señor ANTONIO JOSÉ WIESNER MORALES, desde el día 6 de marzo de 2013 hasta el día 11 de abril de 2016, fecha en la que ocurrió el deceso del empleador.

Propuso las excepciones de mérito que denominó pago por concepto de auxilio de cesantías e intereses a las cesantías; exoneración de sanción por buena fe; cobro de lo no debido por concepto de vacaciones; cobro de lo no debido por concepto de prima de servicios; prescripción; mala de la demandante; genérica que resulte probada en el proceso; compensación y beneficio de inventario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por su parte los herederos indeterminados del señor ANTONIO JOSÉ WIESNER MORALES, por medio de curador *ad Litem*, manifiestan que ni se oponen ni se allanan a las pretensiones formuladas, por cuanto, tales solicitudes no van dirigidas en su contra, afirmando que son hechos ajenos a su conocimiento y se atiene a lo probado en el trámite del proceso.

Se propuso como excepciones de fondo las que se denominó falta de causa para pedir, compensación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica.

Por auto del 02 de octubre de 2019, se tuvo como no contestada la demanda por parte del demandado, heredero determinado, RICARDO WIESNER PINZÓN.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de abril de 2021, declaró que entre la señora AMPARO AROCA LEAL y el señor JOSÉ WIESNER MORALES existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente por el periodo comprendido del 8 de marzo de 2013 al 11 de abril de 2016; declaró que a la demandante le subsiste un saldo insoluto por concepto de acreencias laborales por valor total de \$60.318.898, valor que deberá ser sufragado con cargo al proceso sucesoral del señor ANTONIO JOSÉ WIESNER MORALES, señalando que al aducirse "*beneficio de inventario*", por parte de sus herederos, será con cargo exclusivo a dicha sucesión que deba asumirse el importe de la obligación deducida en juicio, sin que los herederos deban responder por valores adicionales que no queden cubiertos en el marco del proceso sucesoral.

Declaró probada la excepción de pago parcial por valor de \$10.669.641 y no probadas las excepciones respecto de las determinaciones adoptadas; declaró la absolución por concepto de indemnización por falta de pago; se consideró



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

relevado del estudio de las demás propuestas; absolvió a la parte pasiva de la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T. y condenó en costas a los herederos determinados.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que se acreditó dentro del proceso que entre la señora AMPARO AROCA LEAL y el señor JOSÉ ANTONIO WIESNER MORALES existió un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 8 de marzo del 2013 y finalizó el 11 de abril de 2016 por muerte del empleador, con una asignación salarial para el año 2013 de \$1.950.000 y desde el año 2014 en adelante de \$2.150.000.

Ahora bien, frente al reconocimiento de salarios insolutos causados en los últimos 11 días de trabajo alegado por la actora, expresó que pese a que los herederos determinados niegan adeudar tales sumas, en el acervo probatorio no se acreditó de manera idónea el pago de acreencias salariales causadas en el término reseñado, señaló que no milita en el informativo prueba alguna tendiente a ello, aunado a que ninguno de los testigos da cuenta del pago efectivo, al margen de algunas afirmaciones que no tienen mayor soporte que permita acreditar el pago, por tanto condenó a los encartados a solucionar el valor de \$788,326.

Frente al reconocimiento y pago de cesantías e intereses de cesantías causados en vigencia de la relación laboral, refirió que el régimen de liquidación de cesantías que amparó la relación laboral fue el de liquidación anual de que trata la Ley 50 de 1990, aludiendo que se afirma en la réplica que respecto de la demandante se habrían realizado pagos por concepto de cesantías de manera directa, sin ser depositados en un fondo destinado para este efecto, haciendo referencia a correos electrónicos en donde la trabajadora habría aceptado por vía de ese medio el pago parcial de acreencias de carácter prestacional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Expone que revisado el expediente, se evidenció una liquidación remitida por la accionante a la representante legal de los dos herederos determinados, en la que se liquidan las acreencias laborales, indicando que se efectuaron abonos correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015, sin embargo, en criterio del juez tales pagos no pueden ser tomados en cuenta para acreditar que se imputaron a las prestaciones que se reclaman en el *sub-lite*, pues las cesantías obligatoriamente debían consignarse en un fondo y en el documento que se hace alusión, no se discrimina que corresponde a cuál prestación o concepto, así las cosas indicó que no puede entrar a imputar pagos con cargo a ello, máxime que en caso de efectuar pagos de cesantías sin el cumplimiento de los requisitos legales, se pierde el valor de lo pagado y en todo caso se adeuda el importe de la obligación respectiva, por lo anterior fulminó condena a cargo de los encartados por concepto de cesantías e intereses a las cesantías.

En cuanto a la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo en los términos del numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, advirtió que el empleador no consignó de forma debida las cesantías a favor de la actora, además una vez estudiado el expediente, consideró que no había justificación de la omisión de tal obligación, así las cosas, condenó a la pasiva al reconocimiento de dicha sanción en los términos fijados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de julio del año 2000, Radicación No. 13467, esto es en razón de un día de salario por cada día de mora en la consignación de las cesantías causadas para los años 2013 a 2016.

Por otro lado, en cuanto al pago de las vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, expresó que no registra en el informativo probanza alguna con base en la cual pueda deducirse de manera incontrastable que en vigencia del contrato de trabajo o con ocasión de la terminación a la demandante le hubieran sido concedidas en tiempo o compensadas en dinero las vacaciones causadas en su favor, en igual sentido se pronunció acerca de las primas de servicios reclamadas, así las cosas, condenó a la accionada al pago de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

compensación en dinero de vacaciones por todo el tiempo del vínculo laboral y además por el concepto de primas de servicios.

Ahora bien, en relación con la indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del C.S.T., mencionó que tal sanción procede cuando a la terminación del vínculo contractual no le es cancelado al trabajador lo debido por concepto de salarios y prestaciones sociales, y que para eximirse de dicha sanción corresponde al empleador acreditar razones justificativas que lo ubiquen dentro de la órbita de la buena fe laboral, refirió que revisado el expediente se encontró acreditado que a la terminación del vínculo contractual laboral a la demandante le eran adeudados los salarios y prestaciones sociales, no obstante, consideró el despacho que se probó el accionar de los llamados a juicio en el campo de la buena fe laboral eximente de la sanción, impartiendo su absolución.

Finalmente, indicó que teniendo en cuenta que la parte demandada acredita el pago de la suma de \$10.669.641 representados en título de depósito judicial, era procedente declarar probada parcialmente la excepción de pago hasta por este importe respecto de las condenas que se han deducido en juicio, en relación con descontar la suma de \$8.433.500, no existe la posibilidad de determinar una eventual imputación de pagos para deducir cuál es el pago que no se pierde y cuál es el pago que sí y dentro de ese contexto. Consideró que no era viable deducir un pago específico que pueda ser descontado de las condenas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión los herederos determinados, apelaron. Adujeron no compartir la decisión de primera instancia en lo que atañe al numeral segundo de la parte resolutive. Frente a la condena de salarios insolutos se insiste que quedó establecido a través del testimonio de la señora SILVIA URBINA que la demandante sí recibió su última quincena, hecho que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

corroborar con los correos electrónicos que la actora remitió y que obran en los folios 35 a 37 del expediente, en donde no se relaciona sumas de dinero por saldo insoluto por concepto de salarios de los últimos 11 días de trabajo.

En segundo lugar, en cuanto al pago de cesantías e intereses a las cesantías, refirieron que la accionante manifestó por medio de los correos aludidos haber recibido abonos. Así mismo, expuso que tales abonos están relacionados por año, si bien se considera que no se pueden imputar específicamente a una determinada prestación, se deben imputar al pago, porque está acreditado que sí fueron recibidos por parte de la actora.

Además, frente a la condena por compensación de vacaciones, manifestó que se probó su reconocimiento con los dichos de los testigos, quienes relataron que todos los trabajadores disfrutaban de vacaciones, dichos que no fueron tenidos en cuenta ni para probar lo referente a las vacaciones ni a las primas de servicios, que también se mencionó se recibían unas sumas de dinero adicionales en junio y en diciembre.

En cuanto a la sanción impuesta por la no consignación de las cesantías, aludió que dicha condena es contradictoria con los postulados de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia 35414, en la que se indica que el incumplimiento del empleador debe estar sujeto a la verificación de la existencia de parámetros que indiquen la buena o la mala fe. En esas condiciones, indica que el patrono siempre actuó bajo los postulados de la buena fe, ya que jamás se sustrajo del cumplimiento de sus obligaciones como se declaró en correo electrónico, donde se estableció que ella recibió abonos, esto en consonancia con la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia SL6621 2017, indicando que se debe considerar el estado de salud del empleador, que lo imposibilitó llevar a cabo afiliación a fondo de cesantías.

A su turno, los herederos indeterminados por medio de curador *ad-litem* alegaron mediante recurso de alzada, que frente a la condena impuesta a los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandados, la misma ya se canceló, pues así obra en el escrito de la demanda y fue ratificado tanto por los testigos como por la propia demandante, pagos que no pueden ser desconocidos, en tanto la actora aceptó haber recibido mediante correo electrónico del 10 de mayo del año 2016, además, refiere que coadyuva las manifestaciones efectuadas por los herederos determinados en su recurso de apelación.

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 entrará a establecer si a la demandante señora AMPARO AROCA LEAL en vigencia de la relación laboral se le solucionó o no lo correspondiente a sus prestaciones sociales, compensación de vacaciones y la totalidad de sus salarios.

Además, en caso de determinarse que no se cumplió con la obligación de consignar las cesantías en un fondo, sí procede o no la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Finalmente, si es procedente compensar algún valor a favor de los encartados.

c. Del vínculo laboral

Sea lo primero indicar, que dentro del presente asunto no fue objeto de reproche que entre la señora AMPARO AROCA LEAL y el señor ANTONIO JOSÉ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

WIESNER MORALES se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 8 de marzo de 2013 (Fl. 9), en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de auxiliar de enfermería, con una asignación salarial mensual inicial de \$1.950.000, y que finiquitó por muerte del empleador el 11 de marzo de 2016. Además, milita en el expediente certificación laboral del 2 de septiembre de 2014, en donde se indica que la actora tenía un salario mensual de \$2.150.000 (Fl. 10).

Conforme a lo anterior, está acreditado el vínculo laboral existente entre las partes y sus extremos temporales, así como un salario de \$1.950.000 para el año 2013 y de \$2.150.000 para los años subsiguientes.

d. Del pago de las acreencias laborales:

En primer lugar, es menester mencionar frente a lo adeudado por concepto de salarios del periodo comprendido entre el 1º de abril de 2016 al 11 de abril del mismo mes y año, que una vez revisado el expediente, la Sala no encontró acreditado el pago por tal acreencia, pues si bien, la señora SILVIA URBINA en la declaración rendida indicó que la demandante le manifestó que este saldo sí le fue reconocido, lo cierto es que sus dichos no encuentran soporte adicional alguno, aunado a que en el escrito demandatorio se afirma por la actora que tal concepto no se ha cancelado, situación que comporta una negación indefinida, siendo así que recaía sobre la parte pasiva probar que efectivamente se realizó el pago alegado, situación que no ocurrió dentro del proceso, por ende, le asiste razón al juez de instancia al fulminar condena en este aspecto.

Por otro lado, argumenta la parte pasiva en su recurso de alzada que contrario a lo resuelto en primera instancia, no se adeuda ningún valor por conceptos de compensación de vacaciones ni primas de servicios, hecho que refiere, se prueba con las manifestaciones de los testigos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, analizado el plenario, esta Corporación no avizora soporte documental que dé cuenta del pago efectivo por concepto de primas de servicios ni compensación de vacaciones, tampoco se encuentra prueba que dé fe que la accionante hubiere disfrutado de las mismas. Frente a este tópico, una vez valorados los distintos testimonios rendidos en audiencia pública, se encontró que la señora SILVIA ELENA ÁGUILAR HERNÁNDEZ, compañera de trabajo de la actora, indicó que su empleador no realizaba pagos adicionales en los meses de junio y/o diciembre, además que la accionante en ningún momento dejó de asistir a su turno.

Por su parte, la señora ÁNGELA CONDE RAMÍREZ, empleada de servicio del señor ANTONIO JOSÉ, declaró que ella recibía un pago adicional al salario en los meses de junio y diciembre correspondiente a primas, pero en ningún momento presenció que a la demandante se le hubieren realizado pagos, ya que su empleador les solucionaba en privado, además indica que todos los trabajadores disfrutaban de 20 días de vacaciones, incluida la señora AMPARO AROCA, pero no recuerda en qué periodo la actora las disfrutó, en ese escenario, alguien más la reemplazaba en sus actividades, sin embargo no recuerda quien lo hacía.

Igualmente, el señor BELARMINO SORACA, empleado de oficios varios a cargo del causante, mencionó que la trabajadora tenía días de descanso que no recuerda cuáles eran, pero eran variables, para esos periodos una señora la reemplazaba en sus actividades. Expone que en los meses de junio y diciembre se le reconocían primas a la demandante, pero de los mismos no quedaba registros; que él una vez por año aproximadamente presenció el pago de las acreencias laborales en mención.

Finalmente, la señora SILVIA URBINA, cónyuge del señor WIESNER MORALES, en su declaración nada refiere referente al pago por estos conceptos, al margen de que su compañero llevaba los registros de sus gastos en un libro, el cual la señora AROCA LEAL firmaba ocasionalmente, pero tal documental no obra en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el expediente. Además, que encontró en el computador personal de su esposo un archivo donde se aludían los valores adeudados a la empleada para el año 2016, sin embargo ellos tampoco militan en el informativo.

De conformidad a lo anterior, una vez estudiadas la totalidad de las pruebas obrantes en el plenario, no se encuentra ningún soporte que acredite de manera fehaciente que a la actora se le hubiere cancelado lo correspondiente a primas de servicio o reconocido vacaciones, tampoco que las mismas se hayan compensado en dinero, en gracia de discusión apoyándose en los dichos de los testigos, lo cierto es que estos no ofrecen certeza que efectivamente a la accionante se le hubieren solucionado tales acreencias, máxime que la señora CONDE RAMÍREZ indica que no presencié ningún pago a la demandante y pese a que la actora si disfrutaba de vacaciones, no recuerda los periodos, a su vez, el señor BELARMINO SORACA relata que la señora AROCA LEAL tenía días de descanso lo cuáles eran variables, pero no recuerda cuáles eran.

Así las cosas, no es dable dar por probado con las solas manifestaciones genéricas de los testigos citados en precedencia, que la empleada recibió lo correspondiente a primas de servicios y disfrutó de vacaciones, pues se insiste, sus dichos no dan certeza de tales situaciones, por lo anterior, no encuentra prosperidad los argumentos de los recurrentes.

Por otro lado, en cuanto a la condena por concepto de auxilio de cesantías, es de recordar que la Ley 50 de 1990 en su artículo 99 dispuso que las cesantías se liquidaran anualmente o por fracción correspondiente y obligatoriamente deberán ser consignadas en un fondo destinado con tal fin, antes del 15 de febrero del año siguiente en cuenta individual a nombre del trabajador, o si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantías a favor del empleado que no hayan sido entregados al fondo, el patrono se los pagará directamente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo atinente a este concepto, no se acreditó dentro del proceso que en la vigencia de la relación laboral se efectuare la consignación del auxilio de cesantías a favor de la actora en un fondo destinado para ello, aunado a que la totalidad de los testigos refieren que los montos correspondientes a dicha prestación social, eran entregados a cada empleado de manera personal, desconociendo claramente las previsiones legales.

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 las partes en tal sentir serán ineficaces, como bien lo establece el artículo 43 del C.S.T.

Así las cosas, al no existir prueba alguna que de fe que a la demandante se le liquidaba el auxilio de cesantías de forma anual y posteriormente se le consignaba en un fondo, tal como lo exige la ley, no queda otro camino que confirmar la condena deprecada en primera instancia en tal sentir, máxime que se reitera no se acreditó que en efecto esta acreencia le fuera solucionada.

Finalmente en cuanto al pago de intereses de las cesantías, tampoco obra dentro del plenario prueba alguna que acrediten que a la trabajadora se le solucionara lo correspondiente a tal prestación social en la vigencia de la relación laboral, por ese motivo, resulta acertada la decisión emanada en la sentencia objeto de alzada.

e. De la sanción por no consignación de cesantías en un fondo:

Como se expuso en precedencia, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, prevé la forma como debe liquidarse y consignarse el auxilio de cesantías, so pena de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la sanción allí consagrada. El numeral tercero de la norma en mención prescribe:

“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”

No obstante, 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.

Así lo ha adocinando la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, inclusive en la sentencia citada en el recurso de alzada, esto es la sentencia de radicado 35414 del 21 de abril del 2009, donde se señaló sobre el particular que:

“Para tal efecto, en sentencia del 21 de abril de 2004 con radicación 22448, que reiteró lo dicho en decisión del 11 de julio de 2000 radicado 13.467, en cuanto a esta temática la Corte sostuvo:

*“(…) Ahora bien, aún entendiendo que la acusación denuncia la infracción directa de los citados preceptos, en cuanto al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es lo cierto que el Tribunal no pudo ignorar la disposición por cuanto fue la que le sirvió de apoyo al Juzgado para fulminar la condena por indemnización moratoria, ni tampoco se rebeló contra su contenido, sino que estimó conforme a jurisprudencia de la Sala, que **su aplicación no podía ser automática y que era necesario analizar la conducta del empleador** para establecer si la presunción de mala fe quedaba o no desvirtuada; entonces, apoyándose en pruebas del expediente y luego de examinar las razones de la empresa demandada, - lo que de paso desvirtúa la afirmación inicial del recurrente de que el Tribunal no realizó análisis probatorio-, descartó la existencia de mala fe y no le hizo producir efectos a la norma acusada.*

“Ese criterio resulta acorde con el expuesto por la Sala en sentencia de 11 de julio de 2000, rad. 13467 en que señaló:

“<La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono>...”

Es justamente este elemento el que solicitan valorar los recurrentes, pues alegan que la omisión de consignar el auxilio de cesantías en un fondo, devino principalmente del grave estado de salud en que se encontraba el empleador que le impedía trasladarse a realizar la afiliación a un fondo y efectuar los aportes respectivos, aunado a que, pese a ello, solucionaba los pagos correspondientes por este concepto a la empleada de manera directa.

Así las cosas, considera esta Corporación que no le asiste razón a la pasiva, si bien es cierto, se acredita dentro del expediente el delicado estado de salud en que se encontraba el señor ANTONIO JOSÉ WIESNER, esta no es razón suficiente para desconocer la obligación a su cargo, máxime como lo refirió el *a-quo*, de conformidad a los dichos de los testigos, el empleador contaba a su disposición de los servicios de un tercero para realizar distintas diligencias como el retiro de dinero, así lo informaron las señoras SILVIA ELENA AGUILAR y ÁNGELA CONDE RAMÍREZ, inclusive el señor BELARMINO SORACA expuso que en ocasiones él se encargaba de dichos trámites, por tanto, en igual sentido pudo obrar para la consignación del auxilio de cesantías de la forma como lo exige la ley, siendo así que su actuar no estuvo provisto de buena fe que lo exonere de la sanción deprecada.

Corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia recurrida frente a la sanción impuesta.

f. De la compensación:

Finalmente se alega por los recurrentes que se acreditó dentro de la litis que a la demandante se le efectuó abonos por concepto de acreencias laborales para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los años 2013, 2014 y 2015, de los mismos se hace referencia en las documentales obrantes en el plenario a folio 35 a 37, por ende, solicitan que deben ser imputados a las condenas endilgadas.

En tal sentido, en la documental obrante a folio 37 del plenario, se indica que los valores adeudados son: por cesantías \$6.653.056; por intereses a las cesantías \$2.470.501; vacaciones \$3.326.528 y por prima se servicios \$6.653.056. Además, que se efectuaron abonos correspondientes a los años 2013 por \$4.621.500, al año 2014 por \$2.687.000 y al año 2015 por \$1.125.000, hecho que fue confirmado por la demandante en su interrogatorio de parte, quien confesó que efectivamente recibió tales montos.

Así las cosas, si bien es cierto los abonos referidos para los años 2013 a 2015 no se encuentran discriminados para una determinada acreencia laboral, también lo es que efectivamente se recibieron por parte de la actora, tal y como lo confesó en el interrogatorio rendido, por tanto considera esta Sala que los mismos no pueden ser desconocidos, en tanto el patrono cumplió parcialmente su obligación y eso se probó dentro del proceso, por tal motivo se declarará probada la excepción de compensación que fue propuesta en término por los encartados por el valor de \$8.433.500, suma que deberá ser imputada al monto total de la condena, en tal sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Una vez despachados la totalidad de los puntos recurridos, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia se adicionará la decisión de primer grado en lo atinente a declarar probada la excepción de compensación en la forma indicada con anterioridad, en lo demás se confirmará la sentencia objeto de alzada.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de la parte accionada.

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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 26 de abril 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR PROBADA** la excepción de compensación por el valor de \$8.433.500, suma que deberá ser imputada al monto total de la condena, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

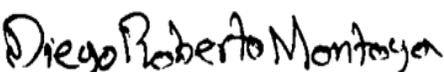
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de análisis.

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 **38 2018 00594 01**
Demandante: JONATHAN DAVID RUIZ AMADOR
Demandados: EDUARDO RAMIREZ ÁVILA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JONATHAN DAVID RUIZ AMADOR presentó demanda ordinaria laboral en contra del señor EDUARDO RAMÍREZ ÁVILA con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 24 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

octubre del 2015 y el 16 de junio del 2017; en consecuencia se condene al demandado al pago de las prestaciones sociales, la sanción por la no consignación de las cesantías, compensación de vacaciones, descuentos ilegales, aportes al Sistema General de Seguridad Social y la indemnización moratoria.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que laboró para el demandado del 24 de octubre del 2015 al 16 de junio del 2017, siendo vinculado mediante contrato verbal de trabajo para desempeñar el cargo de jefe de cocina, con una remuneración de \$45.000 diarios.

Precisa que prestó el servicio en el establecimiento de comercio denominado La Fonda Mexicana, ubicado en la calle 50 No. 17-37, en donde desempeñaba sus funciones en horario de 10:00 a.m. a 8:00 p.m.; finalmente que no le solucionaron las prestaciones sociales ni la compensación de vacaciones, aunado a ello que le hicieron descuentos ilegales en cuantía igual a \$450.000.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado se opuso a las pretensiones señalando que no medió un contrato de trabajo con el promotor del litigio, ello en tanto solo realizó sus prácticas o pasantías en el restaurante La Fonda Mexicana como estudiante Técnico Profesional en Gastronomía del Politécnico Internacional por espacio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de tres meses comprendidos entre el 24 de octubre del 2015 y el 24 de enero del año 2016, práctica que se constituía en requisito para acceder al título.

Propuso y sustentó como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, mala fe del demandante, buena fe del demandado, la genérica y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 21 de abril del 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 24 de octubre de 2015 y el 24 de enero del 2016, tiempo durante el cual del demandante debió percibir un asignación equivalente al salario mínimo legal mensual vigente; en consecuencia, condenó al demandado a cancelarle: \$193.919 por concepto de auxilio de cesantías, \$23.270 por intereses de cesantías, \$193.919 por prima de servicios y \$87.139 por concepto de compensación de vacaciones. Absolvió al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas al demandado.

Como sustento de su decisión indicó que, de conformidad con las pruebas arrimadas al proceso, particularmente del interrogatorio de parte que rindió el demandado y las pruebas documentales aportadas al plenario, se acreditó la prestación personal del servicio en el establecimiento de comercio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

propiedad del demandado, en el lapso comprendido entre el 24 de octubre de 2015 al 24 de enero del año 2016.

De otra parte, que no es de recibo estimar que dicha prestación del servicio obedeció a prácticas empresariales, en tanto los extremos laborales no resultan congruentes con la certificación de la práctica, ello en tanto la certificación indica que la práctica se extendió del 6 de noviembre de 2015 al 15 de enero del año 2016.

En ese escenario, el actor fue vinculado laboralmente el 24 de octubre del año 2015, y en el curso del contrato de trabajo se advirtió la viabilidad que adelantara prácticas académicas, las que una vez finiquitadas, se mantuvo la vinculación inclusive hasta el 24 de enero del año 2016, por lo que se presentó una concurrencia de contratos, accediendo al pago de prestaciones sociales y compensación de vacaciones.

En lo atinente a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, señaló que no opera en tanto el contrato de trabajo finiquitó antes del 14 de febrero de 2016, por ende, el pago del auxilio debía verificarse directamente al trabajador. Finalmente, frente a la indemnización moratoria, estimó que el empleador actuó de buena fe al estimar que entre las partes medió una práctica académica que no generaba el pago de prestaciones sociales.

III. RECURSO DE APELACIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión del *a-quo* el demandante presentó recurso de apelación en el que en suma indica que entre las partes existió un contrato realidad que inició el 24 de octubre de 2015, tal como consta en la certificación expedida por la ARL SURA, fecha que no coincide como la considerada en primera instancia ni con la fecha que consta en la certificación expedida por el Politécnico Internacional. Igualmente, de los testimonios aportados por la parte demandante, se logra evidenciar la subordinación, máxime que se exigió el cumplimiento de funciones que no se relacionaban con un contrato de aprendizaje, siendo además el salario inferior al que se debe solucionar en un contrato de aprendizaje. Luego, existió mala fe del demandado, debiendo accederse a la indemnización moratoria.

De otra parte, que al plenario se aportó la carta de renuncia del 16 de junio del 2017, documental que no fue redargüida de falsa, data que además fue corroborada por los testigos MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ y JULIÁN QUIÑOÑES.

A su turno, el demandado presenta recurso señalando que no se acreditó la existencia de un vínculo laboral, por cuanto entre las partes solo se desarrolló una actividad académica que requirió el estudiante hoy demandante, y que se limitó a la necesidad de cumplir una asignatura del plan de estudios exigido por la Universidad para obtener el título profesional.

De otra parte, que al contestar la demanda no confesó los extremos laborales, en tanto fue claro al señalar que las fechas indicadas eran aproximadas, y en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

todo caso se estaba haciendo referencia al tiempo en que realizó la práctica, razón por la cual se solicitó la respectiva certificación a la institución educativa.

Tampoco se tuvo en cuenta que la afiliación a riesgos laborales se dio de manera anterior al ingreso efectivo, lo que obedeció a que se exigió de esa manera a fin de que la institución autorizara las prácticas. Argumentos con fundamento en los cuales, solicita se absuelva al demandado de las pretensiones incoadas en su contra.

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 entre las partes existió un contrato de trabajo y si con ocasión al misma el demandante tiene derecho al pago de las indemnizaciones reclamadas, o si, por el contrario, las labores desarrolladas por el libelista se dieron en el marco de un contrato de aprendizaje.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. 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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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)”.

En otro giro y teniendo en cuenta que en el presente juicio la pasiva alega que el demandante prestó sus servicios para el demandado, con el objeto de cumplir con la práctica empresarial, resulta preciso recordar lo dispuesto por el legislador en torno a esta figura.

Así pues, vale la pena recordar que la figura de la práctica universitaria, para los años 2015 a 2016, se encontraba regida por la Ley 789 del 2002, la cual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reguló el contrato de aprendizaje y estableció que este era una forma especial dentro del derecho laboral, por tanto, fue definido en el artículo 30 de la mentada norma, así:

“El contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante la cual una persona natural desarrolla formación teórica práctica en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y esto le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propios del giro ordinario de las actividades de la empresa, por cualquier tiempo determinado no superior a dos (2) años, y por esto reciba un apoyo de sostenimiento mensual, el cual en ningún caso constituye salario.”

Ahora bien, debe resaltar la Sala que incluso el contrato de aprendizaje esta revestido de unos elementos particulares que comportan la existencia de subordinación especial y el reconocimiento de una retribución económica no constitutiva de salario pero que para el caso particular de los estudiantes Universitarios no puede ser inferior al salario mínimo y además es necesario que en el marco del mismo se encuentre afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Riesgos Laborales, pues el mismo articulado en comento alude:

“Son elementos particulares y especiales del contrato de aprendizaje:

- a) La finalidad es la de facilitar la formación de las ocupaciones en las que se refiere el presente artículo;*
- b) La subordinación está referida exclusivamente a las actividades propias del aprendizaje;*
- c) La formación se recibe a título estrictamente personal;*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

d) El apoyo del sostenimiento mensual tiene como fin garantizar el proceso de aprendizaje.

[...]

“Si el aprendiz es estudiante universitario el apoyo mensual, el apoyo de sostenimiento mensual no podrá ser inferior al equivalente a un salario mínimo legal vigente.

“Durante la fase práctica el aprendiz estará afiliado en riesgos profesionales por la ARP que cubre la empresa. En materia de salud, durante las fases lectiva y práctica, el aprendiz estará cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al régimen de trabajadores independientes, y pagado plenamente por la empresa patrocinadora en los términos, condiciones y beneficios que defina el Gobierno Nacional.”

Destacando en torno al punto de la subordinación que la misma no puede ser igual a la que se predica de una relación laboral, por cuanto como lo indica la norma en cita, esta solo tiene cabida respecto a las labores propias del aprendizaje y por ende el artículo 1º del Decreto 933 del 2003, precisó como una de las diferencias entre este contrato y el laboral, la inexistencia de esa subordinación y en tal sentir explicó: *“El contrato de aprendizaje es una forma especial de vinculación dentro del Derecho Laboral, sin subordinación [...]”* (subrayado fuera de texto).

Siendo muy claro el legislador al establecer que la práctica universitaria comporta una de las formas del contrato de aprendizaje como claramente se estipuló en el artículo 31 de la misma norma, adicionado por la Ley 1450 del 2011.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Lo anterior en concordancia con lo dispuesto por los literales e) y f) del artículo 6º del Decreto 933 del 2003, en los que también se dejó por sentado que la práctica para la formación universitaria, técnica o tecnológica, comporta una modalidad de contrato de aprendizaje. Finalmente, se precisa que no mencionaremos lo dispuesto en la Ley 2043 del 2020, por cuanto esta norma si bien regula la practica universitaria, fue expedida con posterioridad a los hechos que hoy nos convocan.

Realizadas las anteriores precisiones, corresponde a la Sala efectuar un análisis del acervo probatorio arrojado a las diligencias, contando en lo que atañe a las documentales, que reposan en el plenario, las siguientes: un certificado del establecimiento de comercio denominado La Fonda Mexicana, en el que consta que el demandado es el propietario (Fl 2); una carta de renuncia adiada del 7 de junio del 2017 (Fl 4); la certificación de afiliación del demandante a la ARL SURA realizada por el demandado el día 24 de octubre del 2015 (Fl 5); el carné de afiliación a la ARL (Fl 6); y una certificación emitida por el Politécnico Internacional en el que consta que el demandante realizó prácticas empresariales correspondientes al programa de gastronomía del 6 de noviembre del 2015 al 15 de enero del 2016 (Fl 33).

En lo que atañe a los interrogatorios de parte el demandado acepta que conoce al demandante quien le solicitó realizar la práctica empresarial, a lo cual accedió e indicó que *“las empezó a hacer el 24 de octubre del 2015 y las terminó el 24 de enero del 2016”*, realizando trabajos propios de la cocina, recibiendo como apoyo económico la suma de \$20.000 diarios, siendo afiliado al Sistema



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, pues así lo exigió la Universidad, aunque por error omitió reportar la desafiliación.

De otra parte, se evacuó el testimonio de MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ FUENTES, quien laboró en el establecimiento de comercio. Aseveró que el único que tenía una vinculación formal era el demandante, desempeñándose en labores de la cocina; puntualizó que el demandante laboró hasta la primera quincena de junio, no obstante, señala constarle dicha situación por comentarios del actor. También relata que el demandante realizó sus pasantías en el mismo restaurante, pues como se encontraba vinculado laboralmente, solicitó que le permitieran hacer las prácticas y después continuó laborando. Indica que el demandante inició a laborar en septiembre del 2015, no obstante, se le interroga si está leyendo un documento, a lo que refiere asertivamente señalando que anotó las fechas, siendo además claro en que no estaba presente en el momento en el cual se suscribió el contrato.

También se evacuó el testimonio de JULIÁN SANÍN QUIÑONES RÍOS, quien refiere que fue compañero de trabajo del demandante a quien conoció en el restaurante, pero no recuerda una fecha exacta. Relata que el demandante era el chef del restaurante. Indica que el actor laboró por espacio de tres años, sin embargo, solo fueron compañeros de trabajo durante aproximadamente tres meses.

Dimana de lo expuesto que en efecto el demandante prestó sus servicios de forma personal para el demandado, como Jefe de Cocina en el establecimiento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de comercio denominado La Fonda Mexicana. Supuesto de hecho que conforme las reglas previstas en el artículo 24 del C.S.T., permiten presumir la existencia de un contrato de trabajo.

Ahora bien, la encartada pretende derruir dicha presunción bajo la égida de que dichos servicios fueron prestados en el marco de una práctica universitaria y como constancia de su defensa aportó una certificación del Politécnico Internacional en el que consta que el demandante realizó prácticas empresariales correspondientes al programa de gastronomía en el establecimiento de comercio La Fonda Mexicana del 6 de noviembre del 2015 al 15 de enero del 2016 (Fl 33). Sin embargo, aunque la Sala no desconoce que en efecto existió el contrato de aprendizaje, tal postura no permite derruir la existencia de la relación laboral que existió entre las partes, pues le asiste la razón al fallador de primera grado al indicar que el propio demandado aceptó en el interrogatorio de partes que el actor prestó sus servicios desde el 24 de octubre del 2015 hasta el 24 de enero del 2016, esto es, es por un término superior al de duración de la práctica laboral, y que conforme la presunción legal ya expuesta, se debió regir por un vínculo de índole laboral.

Ahora, refiere el recurrente que no se puede desvirtuar con fundamento en tal afirmación que el vínculo entre las partes se rigió únicamente por un contrato de aprendizaje, en tanto en la contestación de la demanda se señaló que presuntamente se había extendido durante el interregno de tiempo del 24 de octubre del 2015 hasta el 24 de enero del 2016, lo que obedeció a que no se había expedido la certificación de la Universidad para ese momento. Pero lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cierto es que tal argumento, no puede derruir la postura del fallador de primer grado, en tanto esta no radicó exclusivamente en lo que se manifestó en el escrito opositor de la demanda, sino que se cimentó en la confesión dada por el demandado en el interrogatorio de parte que se acompasa además a la fecha de afiliación a la ARL SURA, en efecto del 24 de octubre del 2015.

Destacando en lo que a esta última pieza procesal corresponde, que no existe evidencia en el plenario que permita inferir que la afiliación se dio previo a que iniciara el contrato de aprendizaje, como un requerimiento del establecimiento educativo, tal como se sostiene en la alzada, por manera que tal argumento no puede ser acogido. Máxime cuando las reglas de la sana crítica y la experiencia permiten colegir a la Sala que esta afiliación solo podía darse en el marco de la relación laboral, en tanto el actor iba a iniciar a prestar sus servicios ese mismo día, como en efecto lo confesó el demandado.

Bajo dichos presupuestos, para esta Sala le asiste la razón al *a-quo* al sostener que lo que realmente existió en el *sub-lite* fue una concurrencia de contratos, entre el contrato de trabajo y el de aprendizaje, pues no se puede negar que ambos existieron y tampoco se acredita que el contrato laboral se hubiere terminado para que el actor realizara su práctica laboral y luego nuevamente fuera vinculado mediante un nuevo contrato, de forma tal que se cumplen los presupuestos previstos en el artículo 25 del C.S.T, el cual reza:

“Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado, o en concurrencia con otro u otros contratos, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este código.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A más que el contrato de aprendizaje no desnaturaliza la existencia de la relación laboral, máxime cuanto de hecho hasta la expedición de la Ley 789 del 2012, el mismo fue tratado como un vínculo de orden laboral, tal como lo explica la H. Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4965 del 2019, al referir:

“Esta Sala, en providencia CSJ SL3430-2018, sobre su naturaleza jurídica, señaló:

“Ciertamente, la Ley 789 de 2002 reguló el contrato de aprendizaje como una forma de vinculación especial, diferente a la de naturaleza laboral, cuya finalidad primordial es permitir la formación teórico - práctica de una persona natural en una entidad autorizada, a cambio de que una empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa en el oficio, actividad u ocupación. En tal sentido, el objetivo de este tipo de contrato es la de facilitar la formación de ocupaciones dentro del manejo administrativo, operativo, comercial o financiero de la sociedad, por lo que la mencionada ley no hace preferencias o distinciones a la hora de la vinculación.

“Ahora bien, la ausencia de la connotación laboral del contrato de aprendizaje que hoy lo define, no ha sido una de sus características históricas. En efecto, antes de la entrada en vigencia de la reforma laboral que supuso la ley en mención, este tipo de contrato se encontraba regulado en el artículo 81 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 1º de la Ley 188 de 1959, que le imprimía una naturaleza propiamente laboral y lo definía como aquel «[...] por el cual un empleado se obliga a prestar servicio a un empleador, a cambio de que éste le proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa del arte u oficio para cuyo desempeño ha sido contratado, por un tiempo determinado, y le pague el salario convenido». (...)

“Es, pues, relativamente novedoso en la legislación nacional que la naturaleza jurídica del contrato de aprendizaje esté incrustada en las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

formas del derecho del trabajo sin constituir por sí mismo una modalidad de contrato laboral. El desarrollo histórico de aquel estuvo siempre asociado al trabajo subordinado en los términos como se encuentra gobernado por el Código Sustantivo del Trabajo y sólo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002 se produjo su deslaboralización”.

Ahora, frente al reparo formulado por la parte actora, en torno a que los extremos de la relación laboral se extendieron por un término superior al que encontró probado el fallador de primer grado, esto es, del 24 de octubre de 2015 y el 24 de enero del 2016, juzga conveniente la Sala precisar que, si el libelista pretendía que se declarara que el contrato estuvo vigente por un interregno de tiempo superior, era de su resorte acreditar tales supuestos de hecho acorde las reglas de la carga de la prueba previstas en el artículo 167 del C.G.P.

No obstante, vale la pena indicar que ninguna de las pruebas documentales arrimadas, nos permite entrever que el contrato se extendió por un periodo superior, en tanto la carta de renuncia (Fl 3), no tiene constancia de recibido sino únicamente la firma del promotor. Por otra parte, en lo que respecta a la prueba testimonial recaudada, es preciso indicar que a ninguno de los testigos les conste de forma directa que el demandante laboró por un periodo superior. Lo anterior, en la medida en que el señor MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ, refiere que no estaba presente para la data en la cual el demandado dejó de laborar, pues para dicha calenda el ya no trabajaba y tuvo conocimiento del retiro por lo que le comentó el demandado en una llamada, y aunque refiere que laboró por dos meses de diciembre del 2016 a enero del 2017 y que el demandante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para entonces trabajaba para el demandado, llama la atención la Sala en que el Juez evidenció que estaba leyendo un documento e indicó que lo hizo para recordar las fechas, situación que no da credibilidad a sus asertos. A su turno, el señor JULIÁN SANÍN QUIÑONES RÍOS, si bien refiere que el demandante debió laborar por espacio de tres (3) años, tal afirmación radica en lo que le comentaron, pues el mismo afirma que solo laboró para el demandado por espacio de tres (3) meses y ni siquiera recuerda el periodo exacto.

De forma tal, que a ninguno de los testigos les consta de forma directa cuales fueron los extremos del vínculo laboral, a más que sus dichos ni si quiera son contestes. Luego para esta corporación no existen suficientes elementos de juicio que nos permitan llegar al convencimiento inequívoco de que el vínculo laboral perduró por un periodo superior al que confesó el demandado y que se tuvo como extremos del contrato de trabajo en primera instancia.

De cara a lo expuesto se confirmará la decisión primigenia en torno a la existencia del contrato de trabajo y los extremos laborales que encontró acreditado el *a-quo*.

c. De la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del C.S.T:

Como lo tiene establecido la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la imposición de la indemnización moratoria no se aplica de manera automática, sino que depende de la conducta justificativa del empleador referente a la buena o mala fe con la que actuara, tal como se precisara entre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

otras en sentencias Rad. 23657 del 29 septiembre 2005; SL10632-2014, Radicación 43915 del 12 de agosto de 2014; SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL7145-2015, Radicación No. 43621 del 3 de junio de 2015, y SL- 2148-2018, Radicación No. 61164 del 13 de junio de 2018.

En sentencia SL4566-2019, Radicación No. 68600 del 23 de octubre de 2019, señaló:

“Conviene no olvidar que la jurisprudencia laboral ha adoctrinado profusamente que la indemnización moratoria no surge de manera automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad y probidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo”.

De igual manera en sentencia SL4028-2020, Radicación No. 74797 del 20 de octubre de 2020, señaló:

“Tal afirmación de la recurrente resulta desacertada, pues como bien lo afirmó el colegiado, para determinar la procedencia de los conceptos antes señalados, es necesario evaluar las circunstancias particulares de cada caso, y constatar desde el punto de vista probatorio si el comportamiento del empresario estuvo revestido de buena o mala fe y si existieron motivos serios y razonables para que omitiera el pago de las acreencias laborales.

“De ahí que la aplicación de este tipo de consecuencias no es una respuesta automática a la evidencia de un verdadero contrato de trabajo, y en esa medida, no es posible establecer reglas absolutas en torno a su causación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Esta corporación no ha establecido dicho tipo de reglas o parámetros generales, como lo sugiere la recurrente. En sentencia CSJ SL5628-2019 se explicó lo siguiente:

“No obstante, lo anterior, conocido es que esta Sala de la Corte, en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y de crear jurisprudencia, ha sostenido de manera reiterada y pacífica que la indemnización por mora establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no es de imposición automática, en la medida en que dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen la omisión del empleador que lo ubique en el terreno de la buena fe.

“Se ha puntualizado que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos a la hora de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, dado que es su deber examinar las condiciones particulares en cada caso y con arreglo a ellas, definir lo pertinente. Es decir, además de que la sanción por mora no debe imponerse de manera automática e inexorable, tampoco puede excluirse en forma mecánica cuando se presentan supuestos de hecho que válidamente pueden analizarse como de buena fe. (CSJ SL2374-2018, rad. 76649). (Subraya la Sala).[...]

“Así, pues, en materia de la indemnización moratoria no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe. Sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro. En ese sentido se pronunció igualmente la Corporación en providencia del 30 de mayo de 1994, con radicación 6666, en la cual dejó consignado que: ‘Los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria...’.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al descender al caso que hoy nos convoca, plantea el *a-quo* como tesis que no hay lugar al pago de la indemnización moratoria en tanto la parte convocada a juicio obró de buena fe, en la medida en que estimaba que el contrato que regía la relación laboral era un contrato de aprendizaje y no uno de índole laboral. Misma que debate el recurrente, en tanto aduce que el demandado era consciente del contrato de trabajo, tan es así que se extendió por un periodo superior al indicado en la certificación de la Universidad y, además, acorde el dicho de los testigos no le pagaba acreencias laborales a ninguno de los empleados.

Frente a estas posiciones jurídicas, la Sala comparte la expuesta por el fallador de primer grado, en la medida en que en este proceso realmente el libelista no logró acreditar que el contrato laboral se extendiera por un periodo extremadamente superior al del contrato de aprendizaje y si bien, en efecto fue el propio demandado quien confesó en el interrogatorio de parte que los servicios prestados por el demandante lo fueron por un lapso superior al que certificó la institución educativa, lo cierto es que en dicho interrogatorio el mismo reiteró que el actor se había vinculado mediante un contrato de aprendizaje, tan es así que afirmó que el contrato de aprendizaje se había extendido del 24 de octubre de 2015 y el 24 de enero del 2016, a más que inquirió que precisamente por ello fue que se realizó la afiliación a la ARL, como en efecto lo exige el artículo 30 de la Ley 789 del 2002. Así pues, aunque lo cierto es que en este juicio se logró probar que realmente entre las partes existió un contrato de orden laboral, también lo es que las pruebas obrantes en el plenario nos permiten advertir que el demandado realmente estimaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que se trataba de un contrato de aprendizaje y de hecho le fue tenido en cuenta al demandante como práctica universitaria, para cumplir los requisitos exigidos por la Institución Educativa a la cual pertenecía.

Frente al punto recurso consistente en que no se puede dar por acreditada la buena fe, por cuanto el demandado no le pagaba las acreencias laborales a ninguno de sus trabajadores, basta indicar que tal supuesto resulta insuficiente para demostrar la mala fe, habida consideración que en el presente juicio no se analizó la conducta del demandado frente a los demás trabajadores sino puntualmente en lo que atañe al vínculo que lo unió con el hoy demandado.

Acorde lo expuesto, para la Corporación sí se encuentra probada la buena fe de la parte convocada a juicio y con fundamento en ella, habrá de confirmarse la decisión judicial recurrida.

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:

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;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

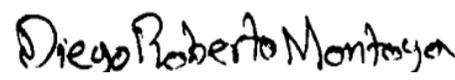
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el día 21 de abril del 2021, atendiendo a los argumentos que fueren expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

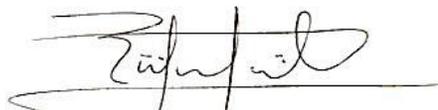
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 39 2017 00399 01
Demandante: SERGIO LUIS BANGUERO CASTILLO,
CLAUDIA XIMENA GARCÍA Y JOYCE NICOLE
ÁVILA NOVOA
Demandado: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A Y
FONDO NACIONAL DEL AHORRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra del auto proferido en audiencia del 19 de abril del 2021, por medio del cual se negó la práctica de una prueba.

Así mismo, el recurso interpuesto por la parte que convocó el juicio contra la sentencia proferida, esa misma calenda, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores CLAUDIA XIMENA GARCÍA NAVIA, JOYCE NICOLE ÁVILA y SERGIO LUIS BANGUERO, presentaron demanda ordinaria laboral en contra de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para que previo el trámite de rigor se declare que entre los demandantes y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., existió un contrato de trabajo, en el marco del cual empleador dejó de cancelar las prestaciones sociales y vacaciones, por lo que solicitan se le condene al pago de las mismas, la sanción moratoria y lo que resulte probado *ultra y extra petita*. Además de declarar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO responsable solidario.

Subsidiariamente, peticona que se declare que el verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, fungiendo OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. como un mero intermediario.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que JOYCE NICOLE ÁVILA NOVOA y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. existió un contrato de trabajo del 1º de diciembre del 2014 al 30 de septiembre del 2015, en el cual se desempeñó en el cargo Comercial III, con una remuneración de \$1.750.000; CON SERGIO LUIS BAGUERO CASTILLO del 6 de mayo del 2015 al 30 de septiembre del mismo año, igualmente en el cargo de Comercial III, con una remuneración de \$1.750.000 y con CLAUDIA XIMENA GARCÍA NAVIA del 19 de enero al 30 de septiembre del 2015, en el cargo de Coordinadora, con una remuneración de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

\$1.750.000. Precisan que debían desarrollar sus funciones para el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en el horario establecido por este. Indican que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no les canceló el monto de los salarios y prestaciones por todo el periodo de tiempo laborado y aunque adelantó proceso de reorganización, en el que reconoció las obligaciones como pasivos, no ofreció fórmula alguna de arreglo a los demandantes.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en su escrito de contestación admitió la existencia de los contratos de trabajo y sus extremos temporales, oponiéndose a los demás pedimentos señalando que el pago de la liquidación final no se ha realizado debido a que la entidad entró en liquidación y por tanto, dichos montos serán cancelados dentro del proceso de liquidación; de igual manera, llama en garantía a FINANZAS S.A.

Propuso como medios exceptivos los que denominó existencia del proceso concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la genérica.

A su turno, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, indicó en la contestación que no es responsable directo, ni solidario de las condenas reclamadas. Así mismo, llama en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló como medio exceptivo previo el de falta de integración del litisconsorcio necesario y como excepciones de mérito o de fondo los que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleador de los demandantes, buena fe, compensación e improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones y prescripción.

II. AUTO:

En audiencia que se surtió el día 19 de abril del 2021, durante la etapa de decreto y práctica de pruebas el *a-quo* niega el interrogatorio de parte del representante legal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, argumentando que el artículo 195 del C.G.P., establece que lo que se deberá solicitar es que la entidad rinda informe escrito bajo juramento sobre los hechos debatidos que a ella conciernen determinados en la solicitud, de tal forma debió cumplirse con tal requisito, por lo que en la solicitud debió haberse manifestado que se rinda informe y sobre qué hechos específicos.

Inconforme con la decisión se formula recurso de apelación en el que en suma se indica que resulta procedente la prueba solicitada, al encontrarse regulada como una declaración de parte frente a los representantes legales. Señala además que el artículo 195 del C.G.P., cuando desarrolla las declaraciones de los representantes legales de entidades públicas, hace referencia a que estos deben de presentar un juramento escrito y en el común del manejo de esta prueba se le ha denominado informe juramentado, no obstante corresponde a una declaración, predicándose un formalismo excesivo a la hora de negar la prueba.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adicionalmente, en ningún aparte del artículo 195 del C.G.P se exige que con la demanda se presente el respectivo cuestionario de preguntas que se ha de enviar al representante legal.

CONSIDERACIONES:

Ahora bien, en torno a este aspecto puntual de la apelación basta indicar que le asiste la razón al fallador de primer grado en tanto el legislador estableció de forma clara y tajante que en lo que respecta a entidades de carácter público, como la aquí demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no es dable que se decrete el interrogatorio de parte. Por el contrario, se dispuso en el artículo 195 del C.G.P, lo siguiente:

“Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella concierna, determinados en la solicitud”

Por lo expuesto, dimana lógico que no era dable decretar el interrogatorio de parte solicitado por la parte actora y, por ende, se confirmará el auto apelado.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá;

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CONFIRMAR el auto que se profirió el 19 de abril del 2021, mediante el cual se negó la práctica del interrogatorio de parte.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de abril del 2021, declaró la existencia del contrato de trabajo entre la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y los demandantes de la siguiente manera: (i) con CLAUDIA XIMENA GARCÍA NAVIA desde el 19 de enero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015; (ii) con JOYCE NICOLE ÁVILA desde el 1º de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre del 2015; y (iii) con SERGIO LUIS BANGUERO desde el 6 de mayo del 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015.

Condenó a la COMPAÑÍA SEGUROS CONFIANZA S.A., al reconocimiento y pago de \$23,741,666 a favor de cada uno de los demandantes en virtud de la póliza DL 7987 con vigencia entre el 1º de enero del 2015 y el 1º de enero de 2016 hasta el monto máximo de esta, advirtiendo que en caso de no tener los fondos suficientes, como así se establece en la certificación que se allegó y se tuvo como prueba en el presente proceso, dicha obligación le corresponde a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; absolvió al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y LIBERTY SEGUROS S.A. de todas las pretensiones incoadas por los demandantes.

Como sustento de su decisión indicó que el problema jurídico, tal y como se planteó al momento de fijar el litigio consiste dentro de la demanda principal,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se concretó en determinar si hay lugar o no al pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., y en caso positivo si existe solidaridad entre el empleador y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Frente al contrato de trabajo, señaló que no se encuentra en discusión en tanto fue aceptado por la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; y frente a la indemnización del artículo 65 del C.S.T., que la empleadora adeuda a los demandantes los valores correspondientes a prestaciones sociales, lo cual fue aceptado por la parte demandada, soportándose en el hecho de haberse iniciado un proceso de reorganización empresarial.

Sobre el particular se tiene que los contratos de trabajo de los demandantes finalizaron el 30 de septiembre de 2015 y la demandada inició el proceso de reorganización empresarial el día 26 de noviembre de 2015, mediante escrito con radicado No. 2015 01 46 39 48, esto es, dos meses después de la finalización de los contratos de trabajo, lo cual si bien en primera medida podría evidenciar una buena fe de la demandada, lo cierto es que de conformidad con el auto del 27 de noviembre del 2016 emitido por la Superintendencia de Sociedades, la demandada no cumplió con sus obligaciones en el proceso de reorganización empresarial, no formuló acuerdos ni allegó los requerimientos contables y financieros que le hiciera la Superintendencia de Sociedades, lo cual evidencia la mala fe en el pago de las prestaciones sociales que adeudaba a los demandantes.

Ahora bien, dentro del presente proceso se encuentra acreditado que la COMPAÑÍA SEGUROS CONFIANZA S.A., efectuó el pago correspondiente a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestaciones sociales de los demandantes en virtud de la Resolución No. 03863 del 30 de diciembre de 2016 emanada del Ministerio del Trabajo que declaró el siniestro de las pólizas de cumplimiento de disposición legales No. DL-971 87 del 5 de enero de 2015 y DL 8460 del 04 de enero del 2016, pero estos pagos únicamente se efectuaron a la señora JOYCE NICOLE ÁVILA el 17 de octubre de 2017 tal y como obra a folio 342 a 343, al señor SERGIO LUIS BANGUERO el día 28 de noviembre del 2017 y a favor de CLAUDIA XIMENA GARCÍA el día 27 de noviembre de 2017, esto es en una fecha superior al auto que decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de la demandada por parte de la Superintendencia de Sociedades el día 17 de noviembre de 2016, por lo que será hasta esta última fecha que se condenará a la sanción moratoria teniendo el estado de liquidación de la empresa, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia por ejemplo sentencia SL2833 del 01 de marzo del 2017.

Frente a la solidaridad negó tal pedimento, refiriendo que tal figura no opera respecto de empresas usuarias frente a las obligaciones de trabajadores en misión, como quiera que la contratista se ha sujetado a los términos previstos en la ley, esto es, la relación laboral no existe en la vía jurídica frente a la empresa usuaria, por lo que es empleador quien debe cumplir con sus obligaciones y responsabilidades frente a las acreencias laborales de los trabajadores, aunado a que la misma ley previó por esta misma razón que se constituya una póliza de aseguramiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión, la parte demandante presenta recurso de apelación argumentando que la indemnización moratoria debe extenderse hasta la fecha en que se hizo el pago efectivo de las prestaciones, ello en tanto de conformidad con el artículo 29 del C.S.T., el trabajador no puede participar de los riesgos o pérdidas del empleador; adicionalmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos ha esgrimido que la crisis económicas del empleador no es una razón atendible que justifique la mora, máxime que en el proceso de reorganización administrativa la empresa incumplió con los requerimientos que se le habían hecho por parte de la Superintendencia de Sociedades. En ese orden de ideas, el estado económico de la empresa se debe a su propia incuria, sin que sea dable que se beneficie de dicha situación.

De otra parte, refiere que se debe condenar de manera solidaria al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ello en tanto la actividad contratada en cabeza del trabajador en misión era esencial para el cumplimiento de las labores de la mencionada entidad, tal como lo corroboro la prueba testimonial, máxime que se excedió el término máximo de duración de un año consagrado en el Decreto 4369 de 2006. De otra parte, que la condena resulta procedente, teniendo en cuenta que la demanda incluso era factible incoarla únicamente en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, al ser al obligada principal, sin que se deba exigir el haber verificado una reforma de la demanda.

V. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, procederá a establecer en primer lugar si hay lugar a fulminar condena solidaria en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

De otra parte, resta por establecer si en el *sub-lite* no hay lugar a fulminar condena por concepto de la indemnización, en la medida en que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., se encuentra en proceso de liquidación.

c. De la relación laboral

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre las demandantes y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. existió una relación laboral, durante los siguientes periodos: (i) entre la demandante JOYCE NICOLE ÁVILA NOVOA y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. del 1º de diciembre de 2014 al 30 de septiembre del 2015; (ii) entre SERGIO LUIS BAGUERO CASTILLO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el 6 de mayo del 2015 al 30 de septiembre del mismo año; y (iii) entre la demandante CLAUDIA XIMENA GARCÍA NAVIA y OPTIMIZAR SERVICIOS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TEMPORALES S.A., desde el 19 de enero al 30 de septiembre del 2015. Por cuanto así se solicitó en la demanda, lo aceptó la demandada y lo encontró probado el fallador de primer grado.

En claro lo precedente, resulta imperioso recabar en que el recurso de apelación formulado por la parte actora en la alzada no guarda congruencia con el *petitum* de la demanda.

Lo anterior, en consideración a que alega en la alzada en que se debió fulminar condena en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, por cuanto se acreditó que las demandantes laboraron para la entidad por periodos superiores al año y la encartada no acreditó que estuvieran cubriendo ciclos de producción, lo que en suma implica que no se cumplió con lo establecido en el Decreto 4369 de 2006, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1072 de 2015.

Siendo ello así, basta indicar que en la demanda las pretensiones principales estuvieron encaminadas a que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las demandantes y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. durante los periodos de tiempo previamente enunciados.

Así pues, solo de forma subsidiaria, esto es, en el evento de no prosperar la pretensión principal, se solicitó la declaratoria del contrato directamente con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y la condena solidaria a la Empresa de Servicios Temporales por fungir como simple intermediaria. Siendo esta la única óptica, bajo la cual sería plausible entrar a establecer si realmente el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

FONDO NACIONAL DEL AHORRO fungió como verdadero empleador, siempre que se lograra acreditar que los servicios prestados a través de la temporal no se dieron bajo el marco de los presupuestos legales entronizados por el artículo 77 de la ley 50 de 1990.

Bajo estos presupuestos, soslaya la parte demandante que las pretensiones subsidiarias, se estudian en el evento que no prosperen las principales. De esta forma, dado que se accedió a los pedimentos iniciales, esto es a que se declarara el contrato directamente con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y en virtud del mismo, se condenara a dicha entidad al pago de las acreencias laborales adeudadas, claramente no había lugar al estudio de las pretensiones subsidiarias, en el marco de las cuales se pretendía la declaratoria del contrato de trabajo con la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, luego es patente que abordar el punto de apelación en los términos que se alude en la apelación, comporta una clara transgresión al principio de la congruencia y el derecho al debido proceso.

Trazados estos lineamientos, vale la pena indicar que no es esta la oportunidad procesal correspondiente, para corregir las pretensiones de la demanda, e incluso consentir lo que acorde a la mismas se fijó como objeto del litigio en la audiencia de trámite de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., siendo que bien pudo incluso reformarla en la oportunidad legal correspondiente y no lo hizo.

Corolario de lo expuesto, ante la evidente prosperidad de las pretensiones principales, la única condena que podría fulminarse en contra del FONDO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

NACIONAL DEL AHORRO, en concordancia con el *petitum* de la demanda sería la condena de forma solidaria. Misma que como bien lo explicó el *a-quo* no se predica del presente asunto, pues bien ha dicho la Corte que las usuarias de Empresas de Servicios Temporales, no son solidariamente responsables de las acreencias laborales, pues tal figura jurídica solo se predica respecto de aquellos casos en que se logre acreditar que la vinculación se dio bajo una clara transgresión de las reglas atinentes al servicio temporal, y por ende, se declare que el trabajador en misión como trabajador directo de la usuaria, de tal manera, que sería la empresa temporal la que responda de forma solidaria por las obligaciones laborales, como se indica en la sentencia SL-2838 del 2018, en la cual explicó la corte que *“de manera alguna esta se pueda trasladar a la empresa usuaria, puesto que las entidades de servicios temporales son verdaderos empleadores, sin que haya lugar a predicarse solidaridad y muchos menos que sea la compañía en donde el trabajador presta sus servicios en misión, la llamada a responder de estas obligaciones”*.

Mucho menos podría predicarse la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T, pues es patente que, por la naturaleza misma de la Empresa de Servicios Temporales, su objeto social es ajeno al del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, motivo por el cual no se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

d. Indemnización moratoria:

Frente a 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 C.S.T.

No obstante, 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 SL 10632 de 2014, SL 2958 de 2015, SL 8216 de 2016 y más recientemente en la sentencia SL 1682 de 2019.

Es justamente este elemento el que solicita valorar la recurrente, pues alega que existieron circunstancias que incidieron en el no pago de las acreencias laborales y, por ende, la suspensión de los pagos devino en su estado de insolvencia, al haber entrado en proceso de reorganización y posterior liquidación judicial, debiéndose someter con ello a las reglas de concurso, que prohíben realizar pagos a sus acreedores.

No obstante, debe señalarse desde ya, que no son de recibo los argumentos del apelante, en la medida que en el presente evento no se absolvió a la encartada del pago de la sanción moratoria, por haber entrado en reorganización, como se alude en el recurso de alzada. Por el contrario, se fulminó condena en su contra.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Lo que realmente acaece se traduce en que el *a-quo* limitó la sanción moratoria hasta la fecha en la cual se acreditó que se realizó el pago de las prestaciones sociales a todos y cada uno de los demandantes, por parte de la aseguradora en atención al cumplimiento de la póliza respectiva.

Posición jurídica que comparte enteramente la Sala pues la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, se debe mantener únicamente hasta la data en que se satisfacen las obligaciones laborales a favor del trabajador por concepto de salarios y prestaciones sociales.

En mérito de lo expuesto, dimana lógico confirmar la sentencia de primera instancia de forma integral.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

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

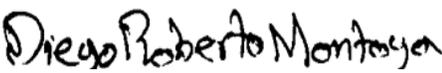
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de abril del 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
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 19 2014 00510 01
Demandante: ALEJANDRO VERJÁN GARCÍA
Demandado: ANDRÉS FELIPE CASTELLANOS SAAVEDRA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2021 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ALEJANDRO VERJÁN GARCÍA formuló demanda ordinaria laboral en contra de ANDRÉS FELIPE CASTELLANOS SAAVEDRA, con la finalidad que se determine la remuneración y/o honorarios en virtud de la representación judicial que efectuó dentro del proceso Ejecutivo Mixto con Radicación No. 2005-00393, el cual inició en el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Bogotá, continuando en el Juzgado Quinto Civil Municipal de Descongestión y posteriormente en el Juzgado Octavo de Ejecución Civil Municipal de Bogotá, bajo la modalidad de cuota Litis, en un todo de conformidad con lo establecido en el artículo 2184 del Código Civil, en concordancia a lo reseñado en la Resolución No. 2 del 30 de julio de 2002 de la Corporación Nacional de Abogados CONALBOS, con actualización a la fecha del dictamen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En virtud de ello, se condene al pago de la remuneración y/o de los honorarios que se determinen con actualización a la fecha del dictamen, junto con el pago de intereses moratorios legales correspondientes desde la revocatoria del poder hasta el pago total de las obligaciones, indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 17 de marzo de 2005, el demandado contrató sus servicios profesionales para el adelantamiento de un proceso Ejecutivo con Acción Mixta en contra del señor WILSON OROZCO ZAPATA, por lo que le confirió poder especial el 17 de marzo de 2005.

Relató que el objeto del mencionado proceso estaba dirigido al pago de la suma de \$27.000.000 más los intereses de mora adeudados desde el 11 de febrero de 2005 hasta cuando el pago se verificara, aspectos todos que constan en la demanda, pagaré No. 01 con vencimiento el 10 de noviembre de 2005 y en la escritura pública de hipoteca No. 3214 del 9 de noviembre de 2004 de la Notaría Veintiocho del Círculo de Bogotá.

Que como consecuencia de lo anterior, como apoderado del aquí demandado el 18 de marzo de 2005 presentó la referida demanda Ejecutiva con Acción Mixta con medidas cautelares, admitida mediante proveído 10 de mayo de 2005, obteniéndose el decreto del embargo y su posterior registro ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Centro distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 50C-230690, se surtieron las diligencias pertinentes a efectos de notificar al señor WILSON OROZCO ZAPATA con resultado negativo, razón por la que se solicitó su emplazamiento de conformidad con lo establecido en el artículo 318 del C.P.C., aunado a que el 11 de septiembre de 2007 le fue asignado por el Juzgado de conocimiento curador *ad-litem*.

Igualmente, que una vez se notificó el curador *ad-litem* del mandamiento de pago, este contestó la demanda y se continuó con la actuación procesal. Que una vez registrado el embargo del inmueble por conducto del Inspector 12C Distrital de Policía de esta ciudad, se agotó con todo el requisito legal hasta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

obtener sentencia favorable el 31 de octubre de 2011, por lo que el Juzgado ordenó seguir adelante con la ejecución, practicar la liquidación del crédito y condenar a costas procesales, así como el avalúo y posterior remate del inmueble hipotecario debidamente embargado y secuestrado; posteriormente, presentó liquidación del crédito y actualizaciones a la misma, junto con el avalúo del inmueble y su respectiva actualización.

Que como abogado del aquí demandado, presentó renuncia al poder conferido que en su momento le otorgara por cuanto no cumplió con la obligación legal de sufragar los gastos del proceso, y mediante proveído del 9 de abril de 2014 el Juzgado de conocimiento aceptó la renuncia presentada, fecha para la cual ya se encontraba aprobado y actualizado el crédito por parte del Juzgado en cuantía de \$89.885.700, además de la actualización del avalúo del inmueble hipotecario en cuantía de \$348.070.500. Que, para el desarrollo del referido proceso, el aquí demandado no suministró ningún rubro para la elección del proceso aproximadamente en cuantía de \$1.200.000, no se estipuló como sería la remuneración de la representación judicial, por lo que de conformidad con el artículo 2184 del Código Civil, el aquí demandado se encuentra obligado a pagar la remuneración usual.

Por último, sostuvo que cuando el cliente no ha cancelado suma alguna antes o durante el proceso al abogado en lo que respecta a los honorarios, se presume la existencia de la cuota Litis, la cual no podrá ser inferior al 30% ni superior al 50%.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado señor ANDRÉS FELIPE CASTELLANOS SAAVEDRA se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, con el argumento que el demandante ALEJANDRO VERHÁN GARCÍA en el proceso ejecutivo y por el cual pretende cobrar honorarios, se comprometió a una cuota litis del 10% sobre el valor total de lo recaudado, sin que en la actualidad haya recaudado suma alguna, por lo que no le asiste ningún derecho a la vocación de sus súplicas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones denominadas carencia de razones fácticas y legales para demandar y/o inexigibilidad de cualquier obligación demandada, demanda antes de tiempo, buena fe, la conducta de la parte demandante como indicio y excepción oficiosa.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de marzo de 2021 declaró que entre ALEJANDRO VERJÁN GARCÍA en calidad de apoderado y el demandado ANDRÉS FELIPE CASTELLANOS SAAVEDRA como poderdante, existió un contrato de prestación de servicios profesionales.

Así mismo, declaró que el demandado ANDRÉS FELIPE CASTELLANOS SAAVEDRA incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales al no cancelar los honorarios profesionales causados, condenándolo a título de honorarios por la suma de \$13.482.855 y al valor de tres S.M.L.M.V. de la anualidad en que realice el correspondiente pago.

Igualmente, condenó al demandado a pagar la suma integral de los valores anteriores, intereses legales a la tasa máxima desde el 25 de abril de 2014 y hasta que se acredite el pago de la obligación, así como las costas procesales dentro del presente litigio.

Para arribar a dicha conclusión, argumentó no existir ninguna duda que la actuación desplegada por el aquí demandante en calidad de abogado del demandado se encaminó a obtener el pago de \$27.000.000 junto con los correspondientes intereses de plazo causados entre el 11 de febrero de 2005 y el 10 de noviembre de 2005, y los intereses moratorios causados entre el 11 de noviembre de 2005, los cuales además de ser incluidos por el Juzgado de conocimiento se mantuvieron una vez que se ordenó seguir adelante con la ejecución quedando en firme tal determinación, de ahí que el profesional del derecho hubiese cumplido con las obligaciones del contrato bajo estudio, pues si bien es cierto que a la fecha de renuncia del poder aún no se habían cancelado los valores ejecutados, sin que en la actualidad se tenga certeza del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

estado actual del proceso, también lo es que el profesional del derecho llevó el proceso ejecutivo hasta su correspondiente decisión definitiva al encontrarse ejecutoriada la orden de continuar con la ejecución librada, aspecto que condujo a la generación de tales honorarios.

Esto conllevó a su vez, a que el demandado no hubiese acreditado el pago de honorarios, máxime si esa falta de pago fue confesada por el encartado en el interrogatorio de parte que rindió, sumado al hecho que el demandado no puede excusarse con el hecho de endilgar que no conocía el proceso y que el aquí demandante no le informó respecto del mismo, más aún cuando aceptó haber conferido el poder para iniciar la ejecución y de la documental aportada se denota la actuación que como profesional del derecho llevó a cabo el aquí demandante.

De otro lado, expuso que, si bien el demandado adujo que los honorarios se pactaron bajo el concepto de cuota litis, lo cierto es que de ello no obra ninguna prueba.

Así las cosas, fue por lo que la *a-quo* acudió a la tasación de las tarifas de honorarios estipuladas por la Corporación del Colegio Nacional de Abogados CONALBOS, aplicando las disposiciones del año 2005, calenda en que el proceso Ejecutivo se instauró y del cual nacen los honorarios, decidiendo que el equivalente al 15% por la suma de dinero ejecutada dentro del referido proceso Ejecutivo, previo a la renuncia del poder se impartió aprobación de la liquidación del crédito en un monto de \$89.885.700, por lo que al aplicarse el respectivo porcentaje obtuvo que por honorarios profesionales al actor le correspondió la suma de \$13.482.855, valor al cual deben sumarse tres S.M.L.M.V. hasta la fecha en que el demandado realice el pago según directrices de CONALBOS, así como intereses legales en los términos del artículo 1617 del Código Civil a partir de la fecha en que se surtió la renuncia al poder conferido, esto es, a partir del 25 de abril del año 2014.

Lo anterior, conllevó a que la falladora de instancia absolviera al pago indexado como quiera que dispuso la condena por concepto de intereses legales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Expuso en su alzada que el demandante desde un comienzo manifestó en su demanda que el cobro de los honorarios era bajo la modalidad de cuota litis y así lo sostuvo en su interrogatorio de parte, por lo que al existir una confesión se violan algunas decisiones emanadas por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura como la proferida el 21 de agosto de 1997.

También expuso que el objeto de ese contrato era obtener el pago de la suma de \$27.000.000 más intereses, y como se desprende del proceso de Ejecutivo de Acción Mixta, ese objetivo no se logró pues a pesar de realizarse el proceso su finalidad no fue llevada a cabo.

Que si bien la falladora de instancia hizo referencia que existió una mora en el pago de los honorarios, ese tópico es un contrasentido en tanto que no se sabía cuál era ese porcentaje de la cuota litis, máxime si el actor renunció al poder sin justificación alguna y, por consiguiente, no prosperaría ningún interés ya que la renuncia nunca fue puesta en conocimiento como así lo asentó el actor en su interrogatorio de parte; circunstancia por la cual, no se demostraron los extremos de esa relación contractual.

Itera que la cuota litis es un pacto del contrato de mandato por medio de la cual el profesional del derecho asume un riesgo, lo que implica que este mandato sea aleatorio y se encuentre atado al azar, esto es, que se gane o se pierda el proceso. Que tampoco se apreció la conducta del demandante como indicio, en el entendido que este nunca le rindió informe por la gestión que como abogado realizó, actuar que resulta siendo sospechoso.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 el demandante señor ALEJANDRO VERJÁN GARCÍA le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los honorarios profesionales perseguidos en el *petitum* como consecuencia de la representación judicial que realizó dentro del proceso Ejecutivo con Acción Mixta bajo el radicado No. 2005-00393.

c. De los Honorarios:

El trabajo, en nuestro sistema jurídico, goza de una amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Así, cuando quiera que se trate de la prestación de servicios de abogacía, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

De otra parte, el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

De cara a lo indicado, deviene lógico referir que cuando quiera que una persona busque el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde acorde las reglas de la carga de la prueba, acreditar a más del poder que le fuere conferido, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo y si precisa que le sea reconocida una suma determinada por concepto de honorarios acorde lo pactado con su poderdante, es lógico que acredite el mentado pacto y la suma o porcentaje acordado por concepto de honorarios.

d. Del caso en concreto.

Sea lo primero indicar que como lo sostuvo la falladora de instancia y lo aludido por ambas partes en la demanda, los honorarios perseguidos por el aquí demandante no tuvieron como soporte un contrato de mandato.

A pesar de lo anterior, del caudal probatorio allegado a este proceso, a folio 11 reposa el poder que confiriera el demandado al actor, último en calidad de apoderado del primero enunciado, que advierte la voluntad de las partes para que el profesional del derecho prestara sus servicios cuyo objeto era obtener el pago de \$27.000.000 a título mutuo con intereses conforme consta en el pagaré No. 1 con vencimiento el 10 de noviembre de 2005 y la primera copia de la escritura pública de hipoteca No. 3214 del 9 de noviembre de 2004 de la Notaría Veintiocho del Círculo de esta ciudad, junto con los intereses de plazo adeudados, los moratorios causados y los que sucesivamente se causen hasta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que se produzca el pago total de la obligación, respecto del señor WILSON OROZCO ZAPATA (Fl. 39).

En virtud de ello, fue que el demandante señor ALEJANDRO VERJÁN GARCÍA instauró demanda Ejecutiva con Acción Mixta en contra del señor WILSON OROZCO ZAPATA, el cual correspondió por reparto el día 18 de marzo de 2005 al Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Bogotá asignándosele el número de radicado No. 2005-00593, quien mediante proveído del 10 de mayo de 2005 libró orden de pago, reconociendo por demás personería para actuar al abogado y aquí demandante señor ALEJANDRO VERJÁN GARCÍA (Fls. 12 a 39).

A folios 40 a 50 se aprecia el trámite del citatorio y aviso judicial en los términos de los artículos 315 y 320 del C.P.C. que el abogado ALEJANDRO VERJÁN GARCÍA realizara para con el allí ejecutado señor WILSON OROZCO ZAPATA, sin que este último se notificara, por lo que elevó memorial el 7 de febrero de 2006 solicitando el emplazamiento (Fl. 51), de ahí que el Juzgado a través de auto del 16 de marzo de 2006 lo ordenara (Fl. 52).

Fue por ello que el 14 de marzo de 2007, el Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Bogotá notificara de manera personal a la curadora *ad litem*, quien contestó la demanda (Fls. 81 a 83). Seguidamente, en memoriales elevados por el abogado señor ALEJANDRO VERJÁN GARCÍA ante el Juzgado de calendas 14 de junio de 2007, 18 de febrero de 2008 y 24 de septiembre de 2008, el profesional del derecho solicitó impulsos procesales en aras que se emitiera sentencia en el trámite ejecutivo (Fls. 86, 110 y 131).

Como consecuencia de lo anterior, y luego de que el proceso ejecutivo se repartiera al Juzgado Quinto Civil Municipal de Descongestión de Trámite y Fallo de Bogotá, en providencia del 31 de octubre de 2011 ordenó seguir adelante con la ejecución, efectuar tanto la liquidación del crédito como la de costas y decretar el avalúo y posterior remate de los bienes embargados y secuestrados y los que a futuro fueren objeto de cautela (Fl. 138).

Continuando con el trámite procesal, el aquí demandante elevó memorial el 11 de noviembre de 2011 donde presentó la liquidación del crédito por valor de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

\$76.126.500, a lo cual el Juzgado aprobó la misma (Fls. 140 a 143 y 154). Luego, el 1º de agosto de 2013 el abogado elevó memorial solicitando la actualización a la liquidación del crédito por valor de \$89.885.700 y que fuese impartida de aprobación en auto del 30 de septiembre de 2013 (Fls. 174 a 175 y 177).

Además, se puede apreciar que el Juzgado Quinto Civil Municipal de Descongestión de Trámite y Fallo de Bogotá efectuó la liquidación de costas el 22 de febrero de 2012 en la suma de \$601.680, que fuese recurrida por el abogado y aquí demandante y modificada el 29 de junio de 2012 por valor de \$1.051.680, sumado al hecho que presentó el avalúo del inmueble hipotecario embargado y secuestrado con matrícula No. 50c-230690 (Fls. 145 a 149, 152 y 156).

Por último, en la actuación procesal adelantada en esa demanda Ejecutiva, se observa que el actor presentó en el mes de febrero de 2014 renuncia al poder conferido por el demandado, la cual fue aceptada por el Juzgado Octavo de Ejecución Civil Municipal de Bogotá a quien se le asignó el proceso en auto del 9 de abril de 2014 (Fls. 179 y 180).

De otra parte, en el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte del demandado señor ANDRÉS FELIPE CASTELLANOS SAAVEDRA, quien manifestó que es Ingeniero de Sistemas y Telecomunicaciones. Que conoce al demandante antes del año 2004 por cuanto fue abogado de unos procesos que llevaba su padre.

Que el día 17 de marzo de 2005 contrató los servicios del demandante como abogado para el desarrollo y adelantamiento de un proceso Ejecutivo con Acción Mixta en contra del señor WILSON OROZCO ZAPATA, misma calenda en que le confirió poder especial al actor, sin que en ningún momento le hubiese cancelado gastos procesales a efectos de adelantar dicho procedimiento por cuanto se acordó un pacto a cuota litis, esto es, que si dentro del proceso se llegaba a un término y se cobraba el dinero le sería cancelado lo correspondiente, por lo que se entendía que en principio todos los gastos corrían a cargo del abogado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que por tal motivo no le ha cancelado ningún rubro al demandante por concepto de honorarios, sin tener conocimiento la fecha en que el actor renunció al poder derivado del proceso Ejecutivo que este adelantaba en su calidad de abogado y que el Juzgado había aceptado dicha renuncia.

Sostuvo que no ha cancelado honorarios al demandante toda vez que el referido proceso en la actualidad se encuentra en curso y no se ha cobrado ningún dinero dentro de este. Indicó que no tuvo conocimiento de la existencia del proceso con el que el demandante persigue el pago de honorarios, tanto así que el actor como abogado nunca se comunicó con él informándole lo respectivo, ni mucho menos advirtió sobre la renuncia.

Por su parte, el demandante señor ALEJANDRO VERGÁN GARCÍA adujo en el interrogatorio de parte practicado que conoce al demandado aproximadamente desde el año 2004 así como al padre de este desde la misma fecha.

Que aparte del proceso por el que aquí persigue el pago de honorarios, adelantó un proceso Ejecutivo Mixto en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá cuyo demandante es el señor JORGE ERNESTO CASTELLANOS BELTRÁN y el demandado JUAN FELIPE ROLDÁN, proceso en el que actuó hasta el remate de un inmueble.

Adujo que no le informó al demandado sobre la renuncia que presentó dentro del proceso ejecutivo objeto de este litigio puesto que así lo determinaba el antiguo C.P.C., renuncia que elevó sin justificación alguna.

Que en el contrato verbal de mandato realizado con el demandado, no se estipuló cómo sería la remuneración en la representación judicial, así como que presentó renuncia al poder dentro del proceso objeto de reproche por cuanto previamente había sucedido un incidente con otro proceso judicial Ejecutivo Mixto a favor del señor JORGE ERNESTO CASTELLANOS BELTRÁN donde se recuperaron unos dineros a favor de este sin que se le hubiesen cancelado honorarios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que no tenía la obligación de recaudar la suma materia del crédito dentro del proceso Ejecutivo con Acción Mixta con radicación No. 2005-00393 ya que su obligación era de medio más no de resultado, así como que le solicitó al demandado en algunas ocasiones dineros para gastos procesales y en algunas ocasiones por intermedio de la señora SANDRA PAVA. Precisó que al demandado se le comunicaba telefónicamente sobre la información del proceso, iterando que no se estipuló como sería la remuneración.

La testigo SANDRA VIRGINIA CASTELLANOS BELTRÁN expuso que el demandado es su hermano sin que conozca al aquí demandante. Que se enteraron que el aquí demandante instauró una demanda de regulación de honorarios en virtud de un proceso hipotecario que se encontraba a nombre de su hermano. Que a pesar de que su hermano era el demandante de ese proceso hipotecario, quien era el verdadero dueño del dinero perseguido era su padre JORGE ELIECER CASTELLANOS RODRÍGUEZ.

Que tuvo conocimiento que el aquí demandante fue el abogado de su padre, de ahí que se suscribiera un poder en aras de llevar el proceso de la hipoteca y una vez concluido el proceso del dinero que se recaudaba al demandante se le daba un porcentaje.

En últimas, en lo que respecta al proceso objeto de honorarios señaló que tiene conocimiento que su hermano y aquí demandado le dio un poder al demandante para recaudar un dinero, pero sin tener conocimiento de cómo se acordó la forma de pago de los honorarios, al igual que el demandante renunció al poder.

Así las cosas, como lo concluyó la falladora de instancia, es palmario para la Sala que como se analizó en precedencia, el profesional del derecho y aquí demandante señor ALEJANDRO VERJÁN GARCÍA realizó una serie de gestiones tendientes a efectivizar la obtención del pago de las obligaciones que fuesen determinadas por la autoridad judicial dentro del proceso Ejecutivo con Acción Mixta bajo el radicado No. 2005-00393, pues como quedó asentado, fue precisamente del poder conferido que le otorgara el demandado al actor, que este último presentó la demanda en la que sin dubitación alguna se aprecia fue



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fruto de la orden de pago que allí se señaló, y sucesivamente ejerció su facultad de abogado para buscar la notificación al allí demandado señor WILSON OROZCO ZAPATA, luego de eso se dispuso seguir adelante con la ejecución, presentó liquidación del crédito que condujo a su aprobación, elevó objeción a la liquidación de costas, nuevamente solicitó actualización del crédito que fuese aprobada y efectuó acciones encaminadas al avalúo de un bien inmueble.

Por tal razón, sus actuaciones fueron óbice para que se generaran los honorarios perseguidos en el *petitum* y determinados por la *a-quo*.

Ahora bien, el demandado se aqueja tanto en su recurso de alzada como en los alegatos rendidos, que el demandante confesó en el interrogatorio de parte surtido que el contrato de mandato que se acordó fue a cuota litis, y por tal razón, el objetivo final del mismo no se llevó a cabo por cuanto dentro del proceso Ejecutivo no se logró recaudar ningún dinero, por lo que en dicho contrato lo que el actor asumió fue un riesgo ya que la esencia de esta modalidad contractual es ser aleatoria y por consiguiente encontrarse atada al azar, sumado a que no se tuvo en cuenta que el actor presentó renuncia al poder dejando el vilo el trámite procesal y sin comunicarle sobre dicha renuncia.

Al respecto, vale la pena mencionar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-2803 de 2020, Radicación No. 47566 del 8 de julio de 2020, hizo un análisis de la figura de cuota litis dentro de los contratos de mandato, exponiendo lo siguiente:

“Para concluir, resulta pertinente recordar que, como lo ha adoctrinado esta Sala, cuando los honorarios se pactan a cuota litis, constituyen un alea que hace necesario el acaecimiento de un resultado favorable, tal como se precisó en la sentencia CSJ SL 39171, 22 nov. 2011, en la que se señaló:

*“El contrato de mandato por ser bilateral no sólo comporta obligaciones en cabeza del mandatario; cuando es remunerado conlleva una obligación también esencial y concomitante para el mandante: **pagar la prestación pactada que bien puede estipularse en un valor determinado que desde el principio del mandato se conoce, o puede ser aleatoria, como cuando un abogado se compromete a realizar una gestión judicial o extrajudicial, recibiendo como posibles***



honorarios una parte de las utilidades, (cuota litis) bajo el entendido de que si no es posible ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional. También resulta perfectamente viable que se combinen las dos formas de pago, como cuando se pacta un valor determinado al comenzar la gestión encomendada y una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante. (negrilla fuera de texto)

“En la sentencia CSJ SL 33099, 2 jun. 2009, esta Corporación precisó «[...] que el pacto de honorarios por cuota litis conlleva una obligación de resultado [...]», y más adelante recordó:

“Al punto, en sentencia S. de N., Gaceta LXIII, 466 de 29 de septiembre de 1947, se dijo:

“La peculiaridad de la convención denominada cuota litis consiste en que la remuneración correspondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado, sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su exigencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el pacto intervienen.

“Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 del C.C. la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el juez. De donde resulta, como consecuencia, que estas tienen capacidad legal para fijar la forma en que debe cubrirse”.

“Así mismo, esta Sala de la Corte en sentencia de 8988 del 24 de enero de 1997, reflexionó:

“Interesa dejar en claro que el porcentaje acordado como honorarios..., teniendo en cuenta que se pactaron en la modalidad de cuota litis, que implica que el abogado tendrá como retribución por sus servicios profesionales una participación directamente deducible de los resultados económicos o patrimoniales del proceso, que, en este caso, se estableció en un 35%...”.

*“[...] lo que obliga [...] a condenar al demandado a pagarlos en el porcentaje en que se comprometió **sobre lo que efectivamente recibió en la sucesión [...]**”.*

Descendiendo al caso de marras, deja asentado la Sala que la figura de *cuota litis* no logró ser demostrada por el demandado apelante, como quiera que en su argumento sostuvo que el actor había confesado en su interrogatorio de parte que en efecto así se había acordado el mandato, aspecto totalmente contradictorio a la realidad procesal, toda vez que lo único que manifestó el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante en sus dichos, fue que no se estableció una forma de pago respecto de su actuación como profesional del derecho.

Por el contrario, el demandado atendiendo la carga probatoria que le asistía al tenor de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., debió soportar el tópico de la cuota litis que no demostró, como quiera que no es excusa justificable el hecho que haya manifestado en el interrogatorio de parte surtido que desconocía del proceso cuando fue él mismo quien confirió poder al actor para adelantar el trámite ejecutivo e incluso los anexos de la demanda que fueron configuración del título ejecutivo y posterior mandamiento de pago, adicional a que se denota la gestión efectiva del demandante en su rol de abogado para que se ordenara seguir adelante con la ejecución e incluso presentar liquidación del crédito y actualización de la misma que conllevó a una suma considerable a favor del aquí demandado.

Tampoco de la declaración de la señora SANDRA VIRGINIA CASTELLANOS BELTRÁN se puede incidir que entre las partes haya existido un pacto de cuota litis, por cuanto manifestó no tener conocimiento directo de como se había pactado entre las partes el pago de los honorarios.

Al unísono, es menester puntualizar que a pesar de que el demandado se haya aquejado de que en ningún momento el actor le comunicó sobre el estado del proceso ni mucho menos la renuncia presentada que se llevara a cabo en el mes de febrero de 2014 (Fl 180), tal actuar no puede entenderse como incorrecto por el actor ya que de una parte, como ya se ha mencionado el actuar que realizó como abogado concluyó en una debida diligencia del proceso ejecutivo, y por otra, para la fecha en que se presentó la renuncia del poder otorgado no era menester una comunicación previa al poderdante en los términos de que trata el artículo 69 del C.P.C., norma aplicable para su entonces.

Por lo anteriormente expuesto la decisión de primer grado será confirmada en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

V. DECISIÓN

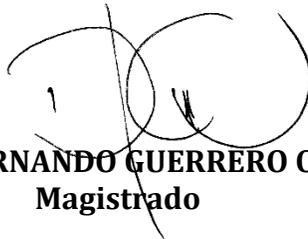
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

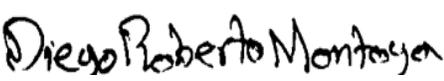
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de marzo de 2021 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

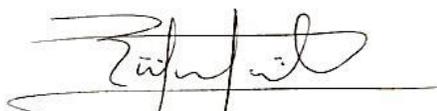
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 17 2019 00383 01
Demandante: LUIS ARMANDO LEÓN ROCHA
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería al abogado WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMIREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.232.398.851 y T.P. 334.200 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor LUIS ARMANDO LEÓN ROCHA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que, como beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a la reliquidación de la pensión de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988 y/o el Acuerdo 049 de 1990.

Por consiguiente, se ordene a la entidad a reliquidar su pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en los términos de la Ley 71 de 1988 y/o Acuerdo 049 de 1990, dar a conocer su historia laboral mes por mes atendiendo el *habeas data* y al pago de costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que mediante Resolución GNR 128894 del 15 de abril de 2014 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, teniendo como IBL el promedio de lo devengado durante los últimos diez años, así como que en el sistema de la entidad se reportan 1.651 semanas cotizadas.

Que en su vida laboral aportó factores que constituyen salario tales como horas extras, dominicales, festivos, tiempos simultáneos, pero cotizaba según los salarios que en su momento reportaba como servidor público durante diez años y dos meses.

Expuso que en su oportunidad solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión de vejez con fundamento en la Ley 71 de 1988 y/o Acuerdo 049 de 1990, petición que fue negada por la entidad a través de las Resoluciones 223339 de 2016, GNR 95368 de 2017 y SUB 133326 de 2017.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, con el argumento que el demandante ya obtuvo la reliquidación de su pensión de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, resuelto mediante Resolución GNR 136356 de 2016, a la cual se le aplicó una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tasa de reemplazo del 81%, pues al aplicarse lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 se estaría desmejorando la mesada pensional por COLPENSIONES.

Aclaró que la tasa de reemplazo del 81% se efectuó conforme a derecho, porque si bien es cierto el demandante acreditó 1.642 semanas, solo cotizó exclusivamente al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES 1.143 semanas; en ese orden de ideas, y de conformidad con las normas en cita, la entidad actuó conforme a la Ley y la jurisprudencia, pues al momento del reconocimiento y pago de la prestación se realizó con la normatividad más favorable, razón por la cual no estarían llamadas a prosperar las pretensiones que se le endilgan.

Formuló las excepciones denominadas prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, luego de conocer el asunto proveniente del Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PCSJA21-11766 de 2021 y las instrucciones dadas por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, declaró que al demandante le asiste el derecho a que COLPENSIONES le reliquide su mesada pensional a partir del 1º de mayo de 2014, teniendo como nuevo valor la mesada para dicha calenda en la suma de \$866.102.49.

Por consiguiente, condenó a la entidad a pagar al demandante la suma de \$19.108.701.13 por concepto de diferencias pensionales causadas desde el 7 de julio de 2014 y el 30 de abril de 2021, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del correspondiente pago.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que quedó debidamente demostrado que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como que COLPENSIONES le reconoció al actor pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, basado en 1.651 semanas cotizadas con un IBL



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

equivalente a \$702.179 y una tasa de reemplazo del 81%, lo que arrojó una mesada final de \$616.000 como da cuenta la Resolución 128894 de 2014.

Que a través de Resolución 136356 de 2016 la encartada reliquidó la mesada pensional al actor para el año 2016 en valor de \$755.858.

En lo que respecta a la reliquidación de la mesada pensional, sostuvo la falladora de instancia que frente al valor de la mesada pensional contemplada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dicha normativa dispuso la aplicación de las normatividades anteriores conservando únicamente los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la prestación, dejando el IBL a merced del inciso tercero del ya referido artículo 36 de la Ley 100 o del artículo 21 *ejusdem*, postura que ha sido reiterada tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional.

Por tal razón, el demandante al 1º de abril de 1994 le hacían falta más de diez años para consolidar su derecho pensional como quiera que contaba con 40 años de edad, lo que excluye la primera regla, de ahí que se deba tomar para la extracción del IBL el promedio de lo devengado en los últimos diez años de trabajo o el de lo devengado durante toda su vida laboral.

Ello conllevó a que determinara que el IBL de toda la vida laboral ascendiera a la suma de \$962.336, por lo que al aplicarse una tasa de reemplazo del 90%, arrojase una mesada pensional de \$866.102.49. En lo que atañe a la excepción de prescripción, expuso que el actor reclamó ante la entidad la reliquidación pensional el 7 de julio de 2017, presentando la demanda el 30 de mayo de 2019, por lo que, atendiendo el término trienal de prescripción, esta figura operó con anterioridad al 7 de julio de 2014.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó que como entidad ha venido cumpliendo a cabalidad con los parámetros establecidos en la norma y con las solicitudes presentadas por el demandante en cuanto al reconocimiento de la mesada pensional y la respectiva reliquidación pensional que se efectuó en el mes de mayo de 2016.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que debe tenerse en cuenta, que si bien el demandante con posterioridad solicitó una nueva reliquidación pensional no se generaron valores a favor, sumado a que se efectuó un estudio ajustado a derecho respecto de la Ley 71 de 1988, de la Ley 797 de 2003 y del Decreto 758 de 1990.

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, la Sala deberá auscultar si es procedente la reliquidación pensional pretendida por el demandante señor LUIS ARMANDO LEÓN ROCHA.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 128894 del 15 de abril de 2014, le reconoció pensión de vejez al demandante en los términos contemplados en el Decreto 758 de 1990 a partir del 1º de mayo de 2014, de ahí que se colija igualmente que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como lo asentó la falladora de instancia, donde se determinó un IBL equivalente a 702.719, una tasa de reemplazo del 81% y una mesada pensional de \$616.000 (Expediente Administrativo magnético – Fl. 75).

Tampoco el hecho que mediante Resolución GNR 136356 del 6 de mayo de 2016 la entidad reliquidó la prestación teniendo como IBL la suma de \$843.131, aplicando igualmente una tasa de reemplazo del 81%, por lo que concluyó que la mesada pensional para el mes de mayo de 2014 ascendía a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suma de \$682.936, y que el demandante nació el 9 de octubre de 1953 como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (Fls. 36 y 75 Expediente Administrativo magnético).

Con posterioridad, la encartada mediante Resoluciones GNR 223339 del 28 de julio de 2016, SUB 95368 del 12 de junio de 2017 y SUB 133326 del 24 de julio de 2017, negó la reliquidación aquí perseguida por el demandante bajo el entendido que, si bien había efectuado cotizaciones al sector público, los mismos no se podían tener en cuenta para efectos de computar la pensión a la luz del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de 1990 (Fls 18 a 35).

Sobre este punto, como lo determinó la *a-quo* y que no fuese refutado por las partes, el demandante cotizó un total de 1.649 semanas durante toda su vida laboral, de las cuales, realizó cotizaciones al sector público de la siguiente manera:

COTIZACIONES AL SECTOR PÚBLICO			
EMPLEADOR	DESDE	HASTA	SEMANAS
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	15/02/1975	30/01/1977	100,95
FONCEP	11/02/1988	31/12/1995	406,12
TOTAL SEMANAS			507,07

Ahora, advierte la Sala que, si bien se accederá a la reliquidación pensional perseguida por el actor, la misma procederá, pero atendiendo a que como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta procedente la aplicación de tiempos públicos en Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, como pasa a exponerse, situación que la *a-quo* no analizó al momento de adoptar la decisión que puso fin a la primera instancia.

Al respecto, el Tribunal de cierre en sentencia SL1947-2020, Radicación No. 70918 del 1º de julio de 2020 recogió el criterio que venía sosteniendo para la negativa de aplicabilidad de esta postura, advirtiendo la necesidad de preservar las garantías de las sumatorias de los tiempos públicos y privados, por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hacen parte del sistema de seguridad social, de ahí que el parágrafo de dicho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

articulado deba entenderse para esta sumatoria, como así se expuso:

“En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultractiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

“En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

“Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.”

Al unísono, el Órgano de cierre en sentencia SL2061-2021, Radicación No. 84054 del 19 de mayo de 2021, con la misma postura realizó una sumatoria de tiempos públicos, efectivizando el derecho de reliquidación pensional en los términos del Decreto 758 de 1990 de un pensionado al que COLPENSIONES había concedido una reliquidación pensional previa en los términos de la Ley 33 de 1985, argumentándose la necesidad de contemplar esos aportes en las prerrogativas del referido Decreto 758 de 1990 ante la garantía que para ello envuelve el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo anterior, en el caso de autos, se considera que le asiste el derecho al demandante para que sea reliquidada su pensión de vejez, aplicando para ello lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, pues esta es una norma jurídica que también le resulta aplicable por ser beneficiario del régimen de transición. Tal postura se ha reiterado en diferentes decisiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como las SL2428-2021, Radicación No. 69163 del 2 de junio, SL2191-2021, Radicación No. 79397 del 2 de junio de 2021, SL2192-2021, Radicación No. 79485 del 2 de junio de 2021, entre otras.

En tal sentido, al habersele reconocido la mesada pensional al demandante a partir del 1º de mayo de 2014 y haber acreditado un total de 1.649 semanas, confrontada la liquidación efectuada por el Juzgado se aprecia que se encuentra ajustada a derecho, como quiera que fue precisamente el tope de semanas que se tuvo en cuenta para determinar dicha reliquidación, los factores salariales y tiempos cotizados fueron acertados, aplicándose una tasa de reemplazo del 90%, situación por la que la mesada pensional para el año 2014 ascendió a la suma de \$866.102.49, dejándose de presente que a pesar de que no fue debatido este punto, la prestación del actor debió reconocerse sobre 13 mesadas pensionales al año, pues al haber nacido el 9 de octubre de 1953 como da cuenta su cédula de ciudadanía (Fl. 36), no cumplió los 60 años de edad antes del 31 de julio 2011, por lo que no era merecedor de la mesada 14 de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 6º Transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 como así lo definió tanto la entidad como el Juzgado de instancia.

De la excepción de prescripción:

Contrario a lo decidido por la *a-quo*, la fecha a partir de la cual el demandante debe percibir el retroactivo de la reliquidación pensional es otra, en tanto, la Resolución GNR 136356 del 6 de mayo de 2016, mediante la cual la entidad reliquidó la pensión del actor le fue notificada a este el 16 de mayo de 2016 como da cuenta el mismo Acto Administrativo, y a pesar de haber interpuesto recurso de apelación el 3 de junio de 2016, la entidad argumentó en esa resolución que se había elevado de forma extemporánea.

Lo anterior conllevó que al haber sido notificada la resolución de reliquidación pensional el 16 de mayo sin interponerse los recursos de ley en tiempo, que se agotara la reclamación administrativa en los términos del artículo 6º del C.P.T y de la S.S., como quiera que ese acto administrativo quedó en firme.

Por ello, al haber elevado el actor la petición inicial de reliquidación el 8 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

abril de 2016 e instaurarse esta demanda el 30 de mayo de 2019 según se demuestra del Acta individual de reparto (Fl. 37), puede concluir la Sala que operó el fenómeno prescriptivo trienal regulado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., por lo que al demandante le asiste el derecho de reliquidación de las diferencias pensionales desde el 30 de mayo de 2016 y en adelante, quedando prescritas las mesadas pensionales anteriores al 29 de mayo de 2016, por lo que se calculará el retroactivo por el periodo comprendido entre el 30 de mayo de 2016 y el 30 de mayo de 2021 y sobre 13 mesadas pensionales al año de la siguiente manera:

AÑO	MESADA PAGADA POR COLPENSIONES	VALOR MESADA RELIQUIDADA	DIFERENCIA A PAGAR	No. DE MESADAS	TOTAL ANUALIDAD
2014	\$ 682.936	\$ 866.102,49	\$ 183.166,49		
2015	\$ 707.931	\$ 897.801,84	\$ 189.870,84		
2016	\$ 755.858	\$ 958.583,02	\$ 202.725,02	8,03	\$ 1.627.882
2017	\$ 799.320	\$ 1.013.701,54	\$ 214.381,54	13	\$ 2.786.960
2018	\$ 832.012	\$ 1.055.161,93	\$ 223.149,93	13	\$ 2.900.949
2019	\$ 858.469,98	\$ 1.088.716,07	\$ 230.246,09	13	\$ 2.993.199
2020	\$ 891.091,83	\$ 1.130.087,28	\$ 238.995,45	13	\$ 3.106.941
2021	\$ 905.438,21	\$ 1.148.281,68	\$ 242.843,47	5	\$ 1.214.217
TOTAL RETROACTIVO A PAGAR					\$ 14.630.148

Así las cosas, atendiendo que el proceso se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, el retroactivo comprendido entre el 30 de mayo de 2016 y el 30 de mayo de 2021 asciende a la suma de \$14.630.148, valor que deberá ser indexado al momento del correspondiente pago y respecto del cual la encartada deberá efectuar los respectivos descuentos en salud, tópico en el cual será adicionada la sentencia de primera instancia.

Por lo anterior, la sentencia de primer grado habrá de modificarse de manera parcial. **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: MODIFICAR parcialmente el numeral tercero de la sentencia proferida, en el entendido que el retroactivo por concepto de diferencias pensionales reconocido al demandante debe efectuarse por el periodo comprendido entre el 30 de mayo de 2016 y el 30 de mayo de 2021 en la suma de \$14.630.148, suma que deberá pagarse debidamente indexada por COLPENSIONES.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo ordenado para pago realice los descuentos en salud del demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, pero por las razones aquí anotadas.

CUARTO: 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