



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 01 2018 00669 01.
DEMANDANTE: ANA DORIS TORRES RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. En consecuencia, ordenar a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados en el RAIS con sus correspondientes rendimientos. A Colpensiones a aceptar el traslado sin solución de continuidad desde el 2 de mayo de 1988 y disponer a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de enero de 19581, el 2 de mayo de 1988 se afilió al régimen de prima media y el 6 de septiembre de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., administradora a la cual su empleador Fiscalía General de la Nación – Seccional Tunja le cotizó hasta enero de 1998, luego la Seccional Casanare continuó con los aportes, no obstante, en marzo del mismo año, diligenció lo que pensó era un actualización de datos, pero resultó ser una afiliación, pues el primer trámite no fue exitoso.

Aduce que la AFP le ha comunicado en diferentes oportunidades que se encuentra afiliada a dicha administradora a partir del 15 de junio del año 2000, pese a que el formulario carece de firma y sello de aprobación del empleador, además que viene trasladada de Cajanal lo que no corresponde a la realidad, dado que desde 1995 cotizaba al fondo privado. Refirió que el asesor no le informó el capital que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez, tampoco le puso de presente los requisitos a cumplir para acceder a la garantía de pensión mínima o la devolución de saldos. No le comunicó sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y la conveniencia o no de trasladarse, se limitó a avisarle que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y perdería todo lo acumulado, también que la mesada pensional sería mejor y podría acceder a ella de forma anticipada, de igual forma que podría retirar todo el ahorro e invertirlo en lo que quisiera.

Relató que el 26 de septiembre de 2001 cuando se encontraba a más de 10 años de acceder a la edad de pensión, solicitó traslado del RAIS a prima media, la cual fue negada. Luego, el 29 de agosto de 2006, pidió al Instituto de Seguros Sociales el traslado y finalmente en junio de 2007 elevó nuevamente la petición de traslado a la AFP, la que reiteró su negativa esta vez porque contaba con más de 47 años. Manifestó que es beneficiaria del Decreto 546 de 1971, que le permite acceder a la pensión a los 50 años de edad, por ello, no era procedente el traslado en el año 2.000, dado que para esta época contaba con 42 años de edad y se encontraba a menos de 10 años de acceder a la prestación de vejez

conforme a la norma referida. Adujo que solicitó a Porvenir S.A. la nulidad del traslado y a Colpensiones tramitar su cambio de régimen (f.º 4 a 21).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la de afiliación a prima media y al RAIS, también las solicitudes de traslado y las reclamaciones presentadas. Respecto de los demás, manifestó no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de hecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, así como las demás declarables de oficio (f.º 139 a 157).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** también se opuso al éxito de las suplicas. Frente a los hechos, adujo no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables de oficio (f.º 195 a 233).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. Ordenó a Colpensiones autorizar el traslado a prima media. A la AFP Porvenir a realizar el traslado de los aportes, junto con rendimientos y bono pensional si hubiere lugar. Se abstuvo de imponer costas (f.º 253 a 256).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido debe estar precedido de un consentimiento informado, lo cual no está demostrado por parte de la AFP y no puede entenderse

configurado por la simple suscripción del formulario de afiliación, pues la AFP debió advertirle sobre las consecuencias de su cambio.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones discutió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues se encuentra a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Sostuvo que debe ordenarse el traslado también de las sumas destinadas al pago de gastos de administración y seguros previsionales, lo contrario, afectaría el erario.

La **AFP Porvenir S.A.** imploró la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al señalar que no es procedente aplicar la línea jurisprudencial que sobre el asunto ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia, porque desconoce la inescindibilidad de la norma, la diferencia entre la ineficacia en sentido amplio y la ineficacia en sentido estricto, asimismo, aplica a la ineficacia efectos de nulidad, en todo caso, no utiliza las restituciones mutuas, sino unilaterales, por ello, no es procedente ordenar el traslado de gastos de administración.

Alegó que el Juzgado no tomó en consideración las condiciones personales y profesionales de la demandante que le permitían tomar una decisión consiente la cual quedó materializada con la suscripción del formulario de vinculación. Tampoco se dijo nada de las varias asesorías que recibió y su amplio conocimiento del sistema de ahorro individual. Sostuvo que la carga dinámica de la prueba no opera de forma automática, toda vez que altera la lógica probatoria. Igualmente, señaló que ha operado la prescripción respecto de los gastos de administración y los seguros previsionales, pues no son dineros destinados a financiar la pensión.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los

usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no

informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social,

serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 9 de enero de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y 25.67 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 2 y 88). Así las cosas, la actora si es beneficiaria del régimen de transición por edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 15 de junio de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 235), el que se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de 2000 según consta en historial de vinculaciones de folio 243.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para el momento del traslado los fondos se hicieron presentes en su lugar de trabajo, aseguró que la AFP Porvenir fue la más insistente, pues cada 15 días realizaba reuniones en grupos pequeños, en las que manifestaban que allí se obtendrían beneficios, como pensionarse de manera anticipada, con un mayor monto y que Colpensiones se iba a acabar. Refirió que nunca les explicaron lo inconveniente del traslado, tampoco le hicieron una proyección. Adujo que por su cargo fue trasladada de municipio en municipio, razón por la cual no gestionó el regreso a prima media, además cuando se acabó el ISS y apareció Colpensiones entendió que esta entidad era un fondo más.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la

afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia que el Instituto de Seguros Sociales atravesaba una crisis financiera, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión de primera instancia.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el

artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019). Por ello, tampoco es posible entender materializada una prescripción de los gastos de administración ordenados, porque los mismos irán al fondo común que financia la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el régimen de prima media.

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 29 de septiembre de 2020, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a

trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de declarar que bien puede Colpensiones obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

relacion de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA DORIS TORRES RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 001 2018 00669 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 01 2016 00850 01.
DEMANDANTE: CARLOS ARMANDO HENAO
DEMANDADO: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO
ESTRATÉGICOS Y DISMET S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato a término indefinido con la demandada Dismet S.A.S., la desvinculación es ineficaz, es beneficiario de estabilidad laboral reforzada en razón a las enfermedades profesionales que padece y tiene derecho a la reinstalación en el cargo que desempeñaba. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a pagarle los salarios, las prestaciones sociales y las vacaciones dejadas de percibir durante la desvinculación, la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a realizar los aportes a pensiones, la indexación, los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

Subsidiariamente, imploró declarar que Dismet S.A.S. terminó el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, así como la condena por los salarios, las prestaciones sociales, las vacaciones, los

aportes a la seguridad social integral causados en vigencia de la relación laboral. A pagar indemnización por despido injustificado, la sanción moratoria, la indexación correspondiente y las costas del proceso. También la solidaridad de la demandada Estratégicos CTA.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de abril de 2007 se vinculó mediante contrato de trabajo con la Cooperativa de Trabajo Asociado Estratégicos CTA, para desempeñar el cargo acondicionador. Aduce que la Cooperativa lo envió en misión a las instalaciones de Dismet S.A.S. para trabajar como fresador y manejar torno industrial, dentro de sus funciones estaban las de intervenir en el proceso de mecanización con máquinas, comprobar piezas y acoplamiento, realizar mantenimiento de primer nivel creación de piezas, entre otras. Allí, debió cumplir el horario, portar el carné y acatar las órdenes impartidas por los representantes de esta empresa, señores Carlos Joselín Salamanca y Juan Carlos Llinás la cual no le suministró elementos de protección personal.

Refirió que a raíz de las enfermedades laborales padecidas inició el proceso para la calificación de la invalidez en virtud del cual la ARL Colpatria informó a Dismet S.A.S. y a Estratégicos CTA las condiciones médicas, además les solicitó la documentación correspondiente para la valoración, no obstante, Dismet le informó verbalmente que ya no le daba más trabajo y la Cooperativa nunca formalizó la terminación del vínculo, por tanto, no conoció las razones de su desvinculación.

Manifestó que, mediante comunicación de 11 de julio de 2016, la EPS Compensar le informó sobre la calificación de algunas patologías, el 26 de julio de la misma anualidad la ARL Colpatria emitió dictamen, al no encontrarse de acuerdo interpuso recurso. Refirió que presentó solicitudes a las demandadas en el que requirió información sobre la vinculación laboral y no le cancelaron prestaciones sociales vacaciones, ni realizaron aportes a la seguridad social (f.º 2 a 17 y 545 a 563 reforma).

Al dar respuesta, la demandada Dismet S.A.S se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó que

algunos son parcialmente ciertos, los restantes no le constan o no son ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y la inexistencia de los elementos esenciales de una relación contractual de carácter laboral (f.º 416 a 425).

Mediante auto de 4 de octubre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda respecto de Cooperativa de Trabajo Asociado Estratégicos CTA (F.º 572) y a través de proveído de 7 de marzo de 2019 se tuvo por no contestada la reforma a la demanda (f.º 675).

En audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2019, la parte accionante y la demandada Dismet S.A.S. conciliaron sus diferencias en la suma de \$7.000.000, acuerdo que fue aprobado por el Juzgado, por lo que declaró legalmente terminado el proceso respecto de esta demandada y se dispuso continuar con respecto a Estratégicos CTA con la cual no se concilió.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de julio de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra y condenó a la parte demandante a pagar las costas del proceso (f.º 721 a 723).

Como sustento de su decisión, señaló que ninguno de los medios probatorios permite tener certeza sobre la prestación personal el servicio, sus extremos o su remuneración.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que debe darse aplicación a la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, como quiera que se demostró la prestación personal del servicio, entre otras, con el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Estratégicos,

pues ante sus respuestas evasivas debe declararse la confesión ficta o presunta e igual alcance debe darse a la no contestación de la demandada por parte de esta Cooperativa. También se probó la prestación del servicio con la respuesta que Estratégicos dio a la acción de tutela instaurada antes de la demanda ordinaria.

Sostuvo que en la contestación de la demanda se señala que el vínculo estuvo vigente entre el 4 de septiembre de 2008 y el 28 de febrero de 2011, lo que permite acreditar los extremos de la relación laboral y además pueden verificarse con la historia laboral emitida por Colpensiones y los documentos generados por AXA Colpatria en los que se relacionan al empleador. Indicó que no se aportó al proceso el contrato de asociación suscrito entre el demandante y la cooperativa, por lo que no es posible concluir con base en los estatutos que el accionante ostentaba la calidad de trabajador asociado, máxime cuando dicho documento no fue decretado como prueba. Incluso que los medios y herramientas con las cuales se prestó el servicio eran de propiedad de la “*empresa*”, por ello, debe declararse la existencia del contrato.

Alegó que en ejercicio de las facultades ultra y extra *petita* debió declarar la existencia del vínculo laboral con estratégicos CTA, pues en el hecho primero de la demanda se indicó tal situación, además se expuso en los alegatos y se cuestionó al respecto en los interrogatorios, por lo que el asunto debió ser definido de fondo. En consecuencia, se debe condenar a esta demandada a pagar la sanción moratoria, pues su actuar de mala fe se evidencia con la negativa constante de reconocer la existencia de la relación laboral.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los

argumentos que fueron materia de apelación. No sin antes advertir que en audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2019, el Juzgado de conocimiento dispuso declarar terminado el proceso por conciliación respecto de la demandada Dismet S.A.S. y continuó el trámite pese a que las pretensiones están dirigidas contra esta persona jurídica, dado que frente a la Cooperativa Estratégicos CTA únicamente imploró la solidaridad.

Claro lo anterior y toda vez que la primera instancia se ocupó de verificar la existencia del contrato de trabajo entre la Cooperativa de Trabajo Asociado Estratégicos CTA y el demandante, esta Corporación procede a dilucidar en atención a los argumentos de apelación, si tal relación laboral se configuró.

(i) Del contrato realidad.

Frente al particular, se advierte que el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, define las cooperativas de trabajo asociado como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus afiliados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios. El artículo 59 de la misma norma, señala que el régimen de trabajo será establecido en los estatutos o reglamentos de la cooperativa y no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.

Igualmente, el Decreto 0468 de 1990 dispone en el artículo 9 que *“las cooperativas de trabajo asociado de conformidad con la ley regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados”*.

Por su parte, el Decreto 4588 de 2006, en el artículo 3º señala que las cooperativas y precoperativas de trabajo asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad*

de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: i) la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; ii) la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y iii) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que **una vez demostrada la prestación personal** del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado pruebe la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de

la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

(ii) Caso concreto.

Para demostrar la prestación personal del servicio a Estratégicos CTA, el accionante allegó historia laboral emitida por Colpensiones según la cual la Cooperativa realizó aportes en pensión a su favor a partir de septiembre de 2008 hasta abril de 2009 y desde julio de 2010 a febrero de 2011 (f.º 29 a 26); aportó solicitud de servicios de medicina laboral en el que se relaciona como empleador a Dismet S.A.S (f.º 45); certificado expedido por Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. que exhibe que el afiliado ha estado en dicha administradora de riesgos laborales a través de diferentes empleadores, en lo que importa al proceso, a Estratégicos CTA desde el 4 de septiembre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2011 (f.º 86) y comunicación de 28 de marzo de 2016, generada por la misma ARL en la que se indica que el actor sufrió accidente de trabajo el 1º de julio de 2009, reportado por Estratégicos CTA, en razón del cual se le brindaron prestaciones asistenciales hasta el 7 de marzo de 2013 (f.º 103 a 105).

A solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de Edgar Ramírez Tarazona, Heider Serna y David Salamanca, sin embargo, en audiencia celebrada el 18 de febrero de 2020 (f.º 717) el apoderado desistió de su práctica al manifestar que con los mismos “*se buscaba probar situaciones respecto de la empresa que ya se desistieron las pretensiones*”.

Ahora, al absolver interrogatorio de parte la representante legal de Estratégicos CTA, señora Dolly Astrid Mejía dijo que el demandante estaba vinculado mediante convenio de trabajo asociado, respecto de los demás cuestionamientos que le fueron formulados manifestó que no le constaba, pues sólo está vinculada con la Cooperativa desde el año 2017, por lo que el Juzgado a fin de no tener sus respuestas como evasivas le solicitó allegar los soportes correspondientes. En respuesta, la demandada allegó copia de planillas de aportes a seguridad social, el certificado de afiliación

a Axa Colpatria que coincide con la aportada junto con la demanda, que da cuenta de la afiliación a través de la Cooperativa en el periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 2008 y el 28 de febrero de 2011; copia de notificación de accidente de trabajo y desprendibles de pago de compensaciones desde septiembre de 2004 hasta febrero de 2011 (f.º693 a 704).

En ese horizonte, conforme a las pruebas analizadas en conjunto, se considera que la promotora del juicio no logró demostrar que el demandante prestó servicios a la demandada Estratégicos CTA, por lo que no obra en su favor la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo (art. 24 del CST).

Ello es así, como quiera que desde los mismos hechos de demanda confiesa que al amparo de la primacía de la realidad sobre las formas su verdadero empleador fue Dismet S.A.S., al punto de perseguir respecto de esta persona jurídica la declaratoria de un contrato de trabajo más el reconocimiento de las acreencias laborales y las indemnizaciones, incluso, frente a la Cooperativa de Trabajo Asociado Estratégicos, únicamente implora la solidaridad. De manera textual, en el acápite de hechos se puede leer que:

“1. El día 15 de abril de 2007, se pactó un contrato de trabajo entre mi representado y la cooperativa de trabajo asociado ESTRATÉGICOS CTA.

2. Dicho contrato de trabajo fue maquillado por el demandado bajo la figura del contrato de cooperativismo asociado.

(..)

4. A la par desde la fecha del contrato la cooperativa de trabajo asociado ESTRATÉGICOS CTA, envió a mi representado a trabajar en misión dentro de las instalaciones de la sociedad DISMET S.A.S., para desarrollar el objeto social de esta última.

Paralelamente, confesó en los hechos que prestó sus servicios dentro de las instalaciones de Dismet S.A.S., quien fue la que le fijó el horario de trabajo, le impartió órdenes a través de sus representantes y le proporcionó carné de identificación.

Sumado a lo anterior, con la audiencia de conciliación celebrada el 17 de septiembre de 2019 entre el demandante y la empresa Dismet S.A.S., mediante la cual definen de manera amigable las diferencias existentes con respecto a las pretensiones de la demanda referidas a la declaratoria del contrato realidad, no queda duda de esa conducta, que el promotor del juicio ratifica y exterioriza una vez más que su verdadero empleador lo fue Dismet S.A.S y no la Cooperativa de Trabajo Asociado. Admitir lo contrario, sería cohonestar con un doble pago por la misma prestación de un servicio.

Con todo, la sola lectura de la prueba documental allegada referente a la solvencia por parte de la Cooperativa de los aportes a pensiones y riesgos laborales, así como el pago periódico de compensaciones, no revierten la confesión efectuada por el mismo actor desde la presentación de la demanda, según la cual la prestación de los servicios se efectuó realmente para Dismet S.A.S.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 23 de julio de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



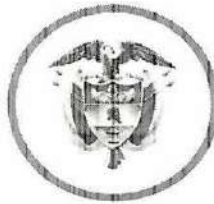
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 01- 2016-00850-01.



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 039 2019 00282 01
DEMANDANTE: NANCY EDITH ARGUELLO SALOMÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y CESANTÍAS COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A., Old Mutual S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., igualmente de las afiliaciones a las AFP Colfondos, Colpatria, Porvenir y Skandia hoy Old Mutual S.A.. Que para todos los efectos legales nunca estuvo afiliada al RAIS y se encuentra inscrita en prima media. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros de la cuenta de ahorro individual. A las AFP al pago de indemnización económica por los

perjuicios materiales y morales causados. Asimismo, disponer a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de noviembre de 1965 y desde el 23 de febrero de 1993 hasta el 30 de noviembre de 1994 estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales. Adujo que se trasladó al régimen de ahorro individual el 1º de noviembre de 1994 a través de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A., luego se cambió a Colfondos S.A., posteriormente, a Colpatria S.A., después Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., luego a Skandia, hoy Old Mutual S.A. y finalmente a ING hoy Protección S.A.

Adujo que fue persuadido por el fondo privado a trasladarse, pero no le fueron informadas las características, ventajas y desventajas de cada régimen, no le realizaron proyecciones comparativas de pensión y ningún informe o constancia de asesoría quedó registrada por escrito. Refirió que ninguna de las AFP a las que se trasladó con posterioridad adelantó tal asesoría. Manifestó que la AFP Protección S.A. el 13 de noviembre de 2018 le realizó una proyección según la cual su mesada pensional en la modalidad de retiro programado sería a los 57 años de \$2.568.861, en tanto, que el Colpensiones sería superior a \$10.370.975. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente ante las AFP y Colpensiones, las cuales fueron negadas (f.º 3 a 18).

Al dar respuesta, la AFP **Old Mutual S.A.** rechazó la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió las fechas de nacimiento, la de traslado a esta administradora y el posterior traslado a Protección S.A. Respecto de los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. Para oponerse a las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; la buena fe, el pago y las declarables de oficio (f.º 167 a 177 reverso)

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la data de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, la suscripción de formularios de vinculación a las AFP y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional; la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad; el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 195 a 214)

Colfondos AFP S.A. al contestar el libelo introductorio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la accionante, su afiliación a la AFP, el traslado a Porvenir S.A y la solicitud elevada, así como la respuesta emitida. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; la buena fe; la ausencia de vicios del consentimiento; la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; la ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación y pago, y las demás que se declaren de oficio (f.º 236 a 251).

Por su parte, la AFP **Protección S.A.** se opuso a la prosperidad de las suplicas. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la de afiliación a la AFP, el traslado horizontal desde la AFP Old Mutual, y la vinculación actual, también las solicitudes presentadas. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP; la buena fe; la inexistencia de perjuicio; la prescripción; la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se

declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las demás declarables oficiosamente (f.º 271 a 278).

Finalmente, la **AFP Porvenir S.A.** se opuso al éxito de los pedimentos. En cuanto a los hechos aceptó la suscripción del formulario con Colpatria S.A. y Porvenir S.A., la solicitud de nulidad y la obligación a cargo de los fondos privados. Respecto a los restantes manifestó no constarle o no ser ciertos. Para oponerse a las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 310 a 336).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de agosto de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 1º de diciembre de 1994 a través de la AFP Protección S.A., por lo que no produjo efecto jurídico alguno, por lo tanto, se debe entender que jamás se separó del régimen de prima media. También declaró ineficaces las afiliaciones a Old Mutual S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. Condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y comisiones por administración durante el tiempo que estuvo afiliado sin lugar a descuentos por concepto de seguros de invalidez y sobrevivientes. Asimismo, a las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual S.A. a trasladar las comisiones que recibió por haber administrado los dineros de la cuenta del demandante mientras permaneció afiliada a cada AFP. A Colpensiones a activar la afiliación, recibir los recursos y autorizar para que realice las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que se puedan causar con el acto de ineficacia. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

Condenó en costas a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que conforme jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia la decisión libre y voluntaria no se acredita únicamente con la suscripción del formulario sin presión, sin fuerza, sino que se satisface cuando se le da al afiliado información clara, completa frente al panorama pensional que se va a adquirir, es decir, que le den todas las razones y fundamentos para elegir la mejor opción que le convenga, en cumplimiento del principio de transparencia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, AFP Porvenir S.A., Colfondos AFP S.A., AFP Protección S.A. y Old Mutual AFP S.A. interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Protección S.A.** imploró revocar la devolución de los gastos de administración y descuentos realizados por seguro provisional, pues estas sumas ya fueron y utilizadas por la AFP y al ordenarse su traslado a Colpensiones se genera un enriquecimiento sin causa.

Colfondos AFP S.A. alegó la revocatoria de la sentencia en cuanto ordenó la evolución de los gastos de administración porque conforme al artículo 60 de la Ley 100 de 1993, los descuentos realizados no hacen parte del capital que sirve de base para financiar la pensión de vejez. Sostuvo que con el pago del seguro previsional la demandante estuvo cubierta para las contingencias de invalidez y muerte. Adicionó que con esta condena se genera un detrimento al patrimonio del fondo porque estos no le pertenecen a la demandante y son un reconocimiento a la buena gestión durante el tiempo de permanencia en el fondo privado, que sirvieron para acrecentar el valor en la cuenta de la actora.

La **AFP Porvenir S.A.** también adujo inconformidad frente a la devolución de los gastos de administración, pues la demandante

actualmente no es su afiliada y en consecuencia no tiene saldo en la cuenta de ahorro individual. Asimismo, indicó que se adquirieron primas de seguros para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, por lo que no hay lugar a su devolución pues siempre estuvo cubierta a dichos riesgos. Señaló que estos gastos de administración tienen la función de remunerar la actividad profesional, por lo que, al condenarse su traslado, se debería también condenar a la demandante a retornar los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual.

Skandia, hoy Old Mutual S.A. adujo que la sentencia debe ser revocada como quiera que no se debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración, pues según la Ley 100 de 1993 son descuentos que se realizan en ambos regímenes, los cuales están destinados en el régimen de ahorro individual a financiar la prima de seguros para las pensiones de invalidez y sobrevivientes. Refirió que durante el tiempo en que la demandante fue su afiliada actuó de buena fe y administró de forma correcta la cuenta de ahorro lo que le generó unos rendimientos. Igualmente, manifestó que al retornar estos dineros a Colpensiones produciría un enriquecimiento sin causa, porque la entidad recibiría un dinero que no administró y en contraprestación se le generaría un perjuicio a la AFP al responder con su propio patrimonio, porque ya no cuenta con este dinero.

Colpensiones a su turno, argumentó que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiera ejercido presión o coacción alguna al momento de tomar la decisión libre, voluntaria y espontánea de afiliarse al RAIS dentro del cual realizó múltiples traslados, lo que evidencia su deseo de mantenerse en este régimen.

Indicó que se encuentra prescrita la oportunidad para solicitar el retorno al régimen, sin que se vulnere el derecho a la pensión o a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, pues la demandante se encuentra inmersa en una prohibición descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender lo pertinente, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están

obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del

formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social,

serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 10 de noviembre de 1965, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y no había cotizado semana alguna al régimen de prima media (f.º 75 y 219 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 29 de noviembre de 1994, así se observa del formulario de afiliación a la Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A. (f.º 89). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a ING desde el 1º de diciembre de 1994 al 30 de noviembre de 1995; a Colfondos desde el 1º de diciembre de 1995 al 31 de diciembre de 1997; a Colpatria desde el 1º de enero de 1998 al 28 de septiembre de 2000; a Horizonte desde 29 de septiembre de 2000 al 30 de noviembre de 2000; a Porvenir desde el 1º de diciembre de 2000 al 28 de febrero de 2006; a Old Mutual desde el 1º de marzo de 2006 al 30 de abril de 2008; a ING desde 1º de mayo de 2008 al 30 de diciembre de 2012; a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A., según historial de vinculaciones de folio 294.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en el año de 1994 llegó una representante de Colmena la visitó y le informó de manera individual que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por lo que su mejor opción era trasladarse al fondo privado donde podría obtener una pensión superior, tendría una cuenta a su nombre y no un fondo común lo que le resultaba más beneficioso. Aseguró que se trasladó entre fondos privados porque al cambiarse de empleador la afiliaban a otra AFP donde tenían la mayoría de los trabajadores.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a el demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y al interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia de que el fondo público se encontraba en crisis, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones,

tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado por lo que la sentencia se mantendrá en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual, de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será confirmada también en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se confirma la sentencia en cuanto declaró que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirma en su integridad la decisión.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y en la apelación ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de agosto de 2020.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

adcaum de vto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NANCY EDITH ARGUELLO SALOMÓN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00282 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 039 2019 00055 01
DEMANDANTE: LUIS CARLOS LOAIZA CUBIDES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y OLD
MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 307, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LILIAN PATRICIA GONZÁLEZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 52.199.648 y T.P. No. 187.952 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3368 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 308 a 318).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Old Mutual S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y de los traslados realizados a las AFP Old Mutual y Protección S.A. En consecuencia, se condene a los fondos de pensiones a registrar la nulidad, permitir el traslado a prima media y trasladar todos los valores depositados en la cuenta individual incluidos rendimientos. Disponer a Colpensiones aceptar el traslado, registrar la afiliación sin solución de continuidad desde el 16 de febrero de 1981. Asimismo, condenar a las demandadas a los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de septiembre de 1957 y desde el 16 de febrero de 19 hasta abril de 1997 estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, en la que cotizó 634.43 semanas. Adujo que fue persuadido a trasladarse al RAIS, sin informársele sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, no le realizaron proyecciones comparativas de pensión y ningún informe o asesoría por escrito. Refirió que ninguna de las AFP a las que se trasladó con posterioridad adelantó tal asesoría.

Manifestó que su permanencia en el RAIS lesionaría la irrenunciabilidad a los derechos laborales, pues genera una situación de inconveniencia en el derecho pensional, pues con el dinero en cuenta individual más el bono pensional no reuniría el capital suficiente para acceder a la prestación de vejez. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente, pero Colpensiones se negó a realizar el traslado de régimen (f.º 3 a 18).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del accionante, la data de afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de validez al régimen de ahorro individual, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, la inexistencia de

intereses moratorios e indexación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 91 a 101)

Por su parte, la AFP **Old Mutual S.A.** también rechazó la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, admitió las fechas de nacimiento y la de traslado a esta administradora. Respecto de los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. Para oponerse a las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; la buena fe y el pago (f.º 122 a 131)

Al contestar la AFP **Protección S.A.** resistió las suplicas. Respecto a los hechos, aceptó únicamente la fecha de nacimiento del demandante. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, la buena fe, la inexistencia de perjuicio, la prescripción, la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, las demás declarables oficiosamente (f.º 242 a 249).

Por auto del 17 de diciembre de 2020 se tuvo por no contestada la demanda respecto de la AFP Porvenir S.A. (f.º 275).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de julio de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante el 1º de junio de 1997 a través de la AFP Porvenir S.A. y por ende no produjo efecto jurídico alguno, por lo tanto, se debe entender que jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Declaró también ineficaces las afiliaciones a Old Mutual y Protección S.A..

Condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y comisiones por administración durante el tiempo que estuvo afiliado sin lugar a descuentos por concepto de seguros de invalidez y sobrevivientes. Asimismo, a las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. a trasladar las comisiones que recibió por haber administrado los dineros de la cuenta del demandante mientras permaneció afiliado a cada AFP. A Colpensiones a activar la afiliación de la accionante, a recibir los recursos y autorizar para que realice las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que se puedan causar con el acto de ineficacia. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. y Old Mutual S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que conforme jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia la decisión libre y voluntaria no se cumple únicamente al haber firmado el formulario sin presión, sin fuerza, sino que se satisface cuando se le da al afiliado información clara, completa frente al panorama pensional que se va a adquirir, es decir, que le den todas las razones y fundamentos para elegir la mejor opción que le convenga, en cumplimiento del principio de transparencia, mediante una información objetiva, comparada y comprensible, explicándole las características, ventajas y desventajas del cambio, así como los riesgos y consecuencias del traslado. Frente a la carga de la prueba, indicó que le corresponde a las AFP tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia y la ley.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y las AFP Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Protección S.A. interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** adujo que la sentencia debe ser revocada como quiera que no se configuran los elementos de la ineficacia, tampoco los de la nulidad, pues no probó la existencia de ningún vicio del

consentimiento. Por el contrario, aparece el formulario firmado, único documento exigido por la ley en 1997 y no es procedente exigir ahora requisitos que sólo vinieron a regularse con posterioridad, tales como el consentimiento informado que apareció en el año 2014.

Sostuvo que respecto de las negaciones indefinidas no aplica la carga dinámica de la prueba. También que las consecuencias jurídicas de la ineficacia y de la nulidad son diferentes y no son aplicadas correctamente, principalmente en lo que tiene que ver con las restituciones mutuas y los rendimientos financieros, pues de haber permanecido el actor en prima media no los habría obtenido. Sostuvo que tampoco es procedente ordenar el traslado de los gastos de administración dado que estos no hacen parte del dinero destinado a financiar la pensión.

Alegó que en el presente asunto operó el fenómeno de la prescripción y para determinarla se debe tener en cuenta la fecha de traslado de régimen.

La **AFP Protección S.A.** sostuvo que los gastos de administración son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual y que soslayó el despacho la gestión profesional realizada por el fondo para que dichos recursos crecieran exponencialmente, lo cual genera un perjuicio y un enriquecimiento sin causa. Dijo que esos dineros fueron descontados para pagar los gastos provisionales, como seguros de invalidez y muerte, desde su vinculación hasta la actualidad han estado vigentes.

Por su parte, la **AFP Old Mutual S.A.** arguyó que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración como quiera que los mismos fueron descontado por disposición legal, además permitieron que el demandante estuviera cubierto para los riesgos de invalidez y muerte, además que los recursos de la cuenta de ahorro individual generaran rendimientos.

Colpensiones a su turno, argumentó que el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiera ejercido presión o coacción alguna al momento de tomar la decisión libre, voluntaria y espontánea de afiliarse al régimen de ahorro individual realizándola en repetidas ocasiones, evidenciándose su deseo de mantenerse en este régimen.

Igualmente, al pasar más de 10 años desde el momento de su primera afiliación se encuentra prescrita la oportunidad para solicitar el retorno al régimen, sin que se vulnere el derecho a la pensión o a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, pues la demandante se encuentra inmersa en una prohibición descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender lo pertinente, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y

sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la

sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la

sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 21 de septiembre de 1957, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y había cotizado 631 semanas a Colpensiones (f.º 39 y 45 -46). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y el número de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 4 de abril de 1997, así se observa del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 238). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir desde el 1º de junio de 1997 al 30 de abril de 2005; a Old Mutual S.A. el 1º de mayo de 2005 al 30 de junio de 2009; a ING desde el 1º de julio de 2009 al 30 de diciembre de 2012; partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A., según historial de vinculaciones de folio 266.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que en el año 1997 una asesora de Porvenir lo visitó y le informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por lo que su mejor opción era trasladarse al fondo privado donde podría obtener una mejor pensión, tendría una cuenta a su nombre y no un fondo común. Aseguró que se trasladó entre fondos privados porque cada uno le ofreció mejores rendimientos y atención.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a el demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y al interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada, o la referencia de que el fondo público se encontraba en crisis, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio

de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado.

Se precisa que no es posible eximir a las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual, de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se confirma la sentencia en cuanto declaró que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación

pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirma en su integridad la decisión.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y en la apelación ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de julio de 2020.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 39.2019.15-01.
Relación de vob.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS CARLOS LOAIZA CUBIDES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00055 01

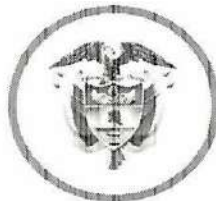
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2019 00358 01.
DEMANDANTE: DELIA PEREA BUENAVENTURA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a prima media, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, Se disponga a Colpensiones a recibir los valores, activar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer la pensión de vejez a partir del 19 de febrero de 2022. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de febrero de 1965 y se afilió al Instituto de Seguro Social en 1989. El 1° de agosto de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través

de la AFP Porvenir S.A. y posteriormente, el 31 de marzo de 2006 se vinculó a la AFP BBVA Horizonte, para finalmente retornar a Porvenir S.A. el 04 de abril de 2012, donde se encuentra afiliada actualmente.

Adujo que al momento de la afiliación no le fueron informadas las ventajas, desventajas, características de los regímenes pensionales, tampoco la imposibilidad de retornar cuando le faltaren 10 años para obtener el derecho pensional, pues apenas le informó que podía pensionarse a cualquier edad, con una mesada pensional superior. Señaló que en el mes de agosto de 2017 la AFP Porvenir le entregó una proyección según la cual al cumplir los 57 años tendría una mesada de \$1.421.600, entre tanto, en el régimen de prima media ascendería a \$2.830.362. Finalmente, que reclamó ante las administradoras la nulidad del traslado (f.º 1 a 42).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Frente a los hechos, admitió las fechas de nacimiento, afiliación a pensiones, la afiliación actual y las reclamaciones presentadas. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, El error de derecho no vicia el consentimiento; la buena fe; la prescripción; la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 95 a 114 expediente digital).

Al contestar, la **AFP Porvenir S.A** rechazó las peticiones del actor. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la afiliación actual de la demandante a esta AFP. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º 171 a 223 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de noviembre de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Se relevó del estudio de las excepciones e impuso costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que las AFP están vedadas para rechazar la afiliación de algún afiliado a menos que sean los que señala la ley expresamente; no obstante, la actora no se encuentra excluida y el fondo privado debía aceptar su vinculación. Asimismo, no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o dolo, en el acto del traslado, pues no se evidencia que se hayan desplegado por parte del fondo, maniobras tendenciosas o fraudulentas para desmejorarle las condiciones pensionales, tampoco para inducirla por lo que concluyó que el cambio fue un acto voluntario de la actora. De otro lado, consideró que ordenar el traslado de manera automática implicaría una afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y se violaría el principio de igualdad con el que cuentan los afiliados al sistema pensional porque se permitiría el traslado a quien está incurso en una prohibición legal, pues está a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, por lo que imploró revocar la sentencia, pues nunca obtuvo información clara, precisa y oportuna y la AFP no demostró algo distinto. Precisó que el consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario pre impreso, por lo que se evidencia que el fondo no cumplió con su deber de asesoría y buen consejo.

Indicó que tal como señaló la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1452 de 2019, la simple firma del formulario no es prueba de haberse brindado información clara precisa y oportuna, siendo obligación de cada uno de los fondos demostrar que la afiliación estuvo precedida de la ilustración sobre los riesgos del traslado acompañada de proyecciones.

Asimismo, no se le informó de la posibilidad de traslado antes de que faltaran 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión.

Para resolver lo pertinente se exponen las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado por la actora o si el mismo es válido al no haberse configurado ningún vicio del consentimiento.

Para atender el recurso, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están

obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del

formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social,

serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 19 de febrero de 1965, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 243.96 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º45 y carpeta correspondiente expediente digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 5 de febrero de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º63 y 226 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año 1998 mientras se encontraba en el sitio de trabajo llegó el asesor del fondo privado quien realizó una reunión en la recepción de la empresa, donde indicó que al trasladarse se pensionaría más joven, que esta era heredable, por lo que tomó la decisión de trasladarse. Manifestó que no leyó el formulario antes de firmarlo. Manifestó que se trasladó horizontalmente porque el banco BVVA le hizo un préstamo y le puso como condición la afiliación al fondo de pensiones que le pertenecía a esta entidad, no obstante, no le brindaron una asesoría.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información

clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para obtener un monto de mesada superior o de manera anticipada, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, la Sala revoca la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Finalmente, como quiera que la demandante nació el 19 de febrero de 1965 (f.º 45 expediente digital), alcanzará los 57 años de edad hasta el 19 de febrero de 2022, por lo que a la fecha no reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez y su reconocimiento en manera alguna puede realizarse con anterioridad a esta fecha, por lo que la pretensión se constituye en una petición antes de tiempo.

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora. Igualmente, se declara que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

Sin costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de la AFP Porvenir S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

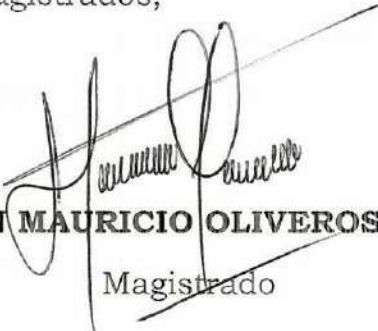
QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la AFP Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
relación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DELIA PEREA BUENAVENTURA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 038 2019 00358 01

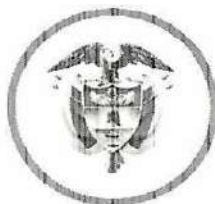
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2019 00335 01.
DEMANDANTE: FLOR MARINA NOVOA VACA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer de manera definitiva la pensión de invalidez a partir del 23 de mayo de 2016, junto con los intereses moratorios. Asimismo, a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cuenta con 61 años y 83 semanas cotizadas al sistema general de pensiones correspondientes al tiempo laborado con Gonher Farmacéutica Ltda, a partir del 1° de enero de 2013 hasta el 31 de octubre de 2016. Manifestó que el 5 de julio de 2016 Colpensiones emitió dictamen según el cual padece una pérdida de capacidad laboral del 76.26%, de origen común y con fecha de estructuración del 23 de mayo de 2016.

Refirió que el 17 de agosto de 2016 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución FNR 357552 de 26 de noviembre de 2016, al señalar que debió haber accedido a la indemnización sustitutiva de vejez que le fue reconocida por Acto Administrativo n.º 102140 de febrero de 2011 y que las cotizaciones tenidas en cuenta para la indemnización no pueden ser consideradas para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Al estar inconforme, interpuso acción de tutela de la cual conoció en primera instancia el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el que mediante providencia del 23 de enero de 2019 negó el amparo, no obstante, el Tribunal Superior de Bogotá mediante fallo del 15 de marzo de 2019, revocó la decisión y ordenó a Colpensiones reconocer de manera transitoria la pensión de invalidez, orden que acató a través de Resolución n.º 85321 del 9 de abril de 2019.

Adujo que, si bien renunció al reconocimiento de la pensión de invalidez al acceder a la indemnización sustitutiva en el año 2011, posterior a ello, continuó cotizando al sistema con el fin de asegurarse ante la ocurrencia de otro tipo de contingencia (f. º 3 a 8 expediente digital).

Al dar respuesta **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el dictamen pericial, las reclamaciones presentadas y los actos administrativos emitidos. Respecto de los demás, manifestó no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables de oficio (f. º 40 a 49 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de julio de 2020 condenó a la demandada a reconocer y pagar a Flor Marina Novoa Vaca la pensión de invalidez a partir del 23 de mayo de 2016, en cuantía inicial de \$689.455, más los reajustes legales y

mesadas adicionales. También dispuso el pago de los intereses moratorios a partir del 18 de diciembre de 2016 respecto de las mesadas causadas entre mayo y noviembre de 2016 y, mes a mes, respecto de las causadas a partir de diciembre de 2016 en adelante hasta cuando sean canceladas. Declaró no probadas las excepciones e impuso costas a cargo de la demandada.

Como sustento de su decisión, señaló la percepción de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no imposibilita el reconocimiento de la pensión de invalidez cuyos requisitos acredita con suficiencia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que a la accionante le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues bajo la gravedad del juramento manifestó que no aportaría más. Por tanto, la pensión de invalidez reclamada resulta incompatible, dado que se genera un doble pago en beneficio de la demandante, por un lado, el dinero que ya recibió por indemnización sustitutiva y ahora por concepto de pensión de invalidez e intereses moratorios.

Finalmente, alegó que debe ser absuelta de pagar intereses moratorios y las costas del proceso, ya que la entidad negó la pensión con apego estricto a las normas legales vigentes, por lo que la entidad actuó de buena fe.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si, pese a haber recibido la accionante una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, le asiste el derecho a la pensión de invalidez dado la pérdida de su capacidad laboral en el porcentaje establecido en la ley. Además, se verificará la viabilidad de los intereses moratorios y las costas del proceso.

(i) De la compatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y el derecho a recibir pensión de invalidez.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece la indemnización sustitutiva como aquella prestación económica para quienes cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando. Consiste entonces en una compensación en dinero por cada semana aportada al sistema de seguridad social que se liquida conforme el Decreto 1730 de 2001.

Por su parte, la pensión de invalidez conforme a los principios que inspiran el sistema de seguridad social - Ley 100 de 1993 - tiene como finalidad proteger a la persona que ha sufrido una merma considerable en su capacidad laboral. Con esa prestación, se resguarda el derecho al trabajo y el mínimo vital del núcleo familiar, dado que remplazará el ingreso mensual que recibía el trabajador por la prestación de sus servicios, pues esa condición física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano.

Ahora, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia de manera reiterada, ha establecido que, de acuerdo con la filosofía y los principios del sistema general de seguridad social, el reconocimiento de la

indemnización sustitutiva de una contingencia en el régimen de invalidez, vejez y muerte por origen común no afecta el otorgamiento del derecho pensional por un riesgo diferente al cubierto por dicha indemnización dentro de ese mismo régimen. Por tanto, resultan compatibles, como quiera que la afiliación al sistema no desaparece con el pago de la referida indemnización sustitutiva. Sobre el particular, en sentencia CSJ SL 30123, 20 nov. 2007, reiterada en SL11234-2015, SL1416-2019, SL3784-2019 y SL 2816-2020, puntualizó:

“Resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que otrora se le negó la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles.

Además, advierte la Sala, que proceder en la forma como lo sugiere el ISS, conduce, ni más ni menos, a que un trabajador pese a no llenar las exigencias legales para cubrir un riesgo (vejez), y satisfacer los requisitos para otro (invalidez), como aquí ocurre, pierda el cubrimiento de ésta última contingencia, porque ello sería tanto como prohiar un total y absoluto desamparo, con flagrante desconocimiento, no sólo de aquellos principios que irradian el derecho a la Seguridad Social (art. 48 de la C.P.), sino además su desarrollo legal, o del Sistema de Seguridad Social integral, como son la solidaridad, universalidad, integralidad, participación, unidad y eficiencia.

Debe destacarse, además, que en el presente caso hay una sola afiliación que no desapareció con el pago de la indemnización sustitutiva, pues dicho reconocimiento no es un acto definitivo sino provisional, que bien puede revisarse ante un mejor derecho, como sucedió en el presente caso (...).”

Al descender al asunto puesto en consideración, se advierte que mediante Resolución n.º 102140 de 2011 el Instituto de los Seguros Sociales ISS reconoció a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía inicial de \$1.820.843, según se constata en la Resolución GNR 357552 de 26 de noviembre de 2016 (carpeta expediente digital). También, se verifica que con posterioridad a este reconocimiento la promotora del juicio continuó con la cotización para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte a partir del 1º de diciembre de 2013 hasta abril de 2019, a través del empleador Gonher Farmaceutica Ltda, según consta en Acto Administrativo SUB 85321 del 9 de abril de 2019.

Ahora, Colpensiones mediante dictamen emitido el 5 de julio de 2016 determinó que la promotora padece una pérdida de capacidad laboral del 76.26%, de origen común que se estructuró el 23 de mayo de 2016, esto es, en ejecución de esta relación laboral. En la sustentación del experticio la entidad dejó consignado que el *"PACIENTE FÉMINA DE 60 AÑOS, OCUPACIÓN OPERARIA DE EMPAQUE, ANTECEDENTE DE ACV CON SECUELAS POR HEMIPARECIA IZQUIERDA, SÍNDROME CONVULSIVO Y TRASTORNO CONGNITIVO MAYOR SECUNDARIO, EN MANEJO ANTICONVULSIONANTE, COMORBILIDADES HTA ECOCARDIOGRAMA CON FEVI DE 65%, SIN SIGNOS DE HVI, MANEJO ANTIHIPERTENSIVO, GASTRITIS CRÓNICA EN MANEJO MÉDICO, SÍNTOMAS DISPÉPTICOS. CONCEPTO DE REHABILITACIÓN DEL 16/09/2014 FAVORABLE. PACIENTE CON IT SUPERIOR A 540 DÍAS..."*. Dicho dictamen concuerda con las incapacidades que le fueron prescritas a Flor Marina Novoa por la Nueva EPS a partir del 5 de julio de 2014 (f.º 18 a 22 expediente digital).

Bajo este panorama, es dable afirmar que, si bien la demandante recibió el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, dado la relación laboral con Gonher Farmaceutica Ltda, si estaba obligada a cotizar al sistema general de pensiones en aplicación del numeral 1º del artículo 3º de la Ley 797 de 2003. Por consiguiente, es razonable entender que en virtud de la afiliación y la subrogación del riesgo de invalidez por parte de su empleador pueda acceder también a la prestación económica que aquí se discute.

En conclusión, el solo hecho que la demandante haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no la eximía de reportar la vinculación con su empleador, realizar las cotizaciones y estar cubierta para los riesgos de invalidez y muerte. En consecuencia, resulta procedente analizar si acredita los requisitos para obtener la pensión de invalidez.

(ii) De la pensión de invalidez.

En materia pensional el precepto legal aplicable a cada caso es el vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Así, tratándose de la pensión de invalidez la norma que regula la materia será aquella vigente al momento en que se determine la fecha de estructuración, época a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013; SL, 13 nov. 2013, rad. 42648, que se reiteró la SL, 30 abr 2013, rad 45815).

Como quiera que la invalidez de la demandante se estructuró el 23 de mayo de 2016 (f.º. 13 a 16) debe aplicarse el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ya que es la norma vigente en dicha calenda, la cual establece como requisitos para obtener la pensión de invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En el asunto bajo examen, se cumple con los requisitos, por cuanto a la demandante se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 76.26% (f.º. 13 a 16) y acredita el número de semanas requerido, pues entre el 23 de mayo de 2013 y el 23 de mayo de 2016, esto es, dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, cotizó 110 semanas (Expediente digital carpeta historia laboral), por lo que es procedente reconocer la pensión de invalidez reclamada.

(iii) Del disfrute de la pensión de invalidez.

Frente al punto, se advierte que el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, dispone que la prestación de invalidez debe ser reconocida a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 758 de 1990 establece que la prestación de invalidez se pagará desde la fecha de estructuración y que, si el beneficiario estuviere gozando del subsidio por incapacidad temporal, el

pago de la prestación comenzará una vez expire el plazo para percibir la misma.

Ahora, está demostrado que la Nueva EPS prescribió incapacidades médicas a la demandante desde el 8 de julio de 2014 hasta el 16 de mayo de 2019. No obstante, apenas aparecen con la anotación “*pagada*” las ordenadas entre el 8 de julio de 2014 y el 13 de enero de 2015, las restantes figuran en estado “*transcrita*”. Por tal motivo, las incapacidades canceladas corresponden a periodos anteriores a la data de la estructuración de la invalidez – 23 de mayo de 2016- por lo que no hay lugar a tomarlas en consideración para la calcular el retroactivo pensional.

De otro lado, también se encuentra probado que mediante Resolución SUB 85321 del 9 de abril de 2019, Colpensiones dio cumplimiento a fallo de tutela emitido por el Tribunal Superior de Bogotá el 15 de marzo de 2019 y, por ello, ordenó el pago de la pensión de invalidez a la demandante a partir del 15 de marzo de 2019, en cuantía inicial de \$828.116 (expediente digital).

En consecuencia, la demandante tiene derecho a disfrutar de la pensión de invalidez desde el 23 de mayo de 2016, no obstante, para efectos de reconocer el retroactivo pensional la entidad deberá pagar las mesadas causadas entre el 23 de mayo de 2016 y el 15 de marzo de 2019 data en que Colpensiones reconoció provisionalmente la prestación en virtud el fallo de tutela.

(iv) Del monto de la mesada pensional.

Toda vez que la pensión fue reconocida en proporción al salario mínimo legal mensual vigente y la prestación no puede ser inferior al mismo, además, la parte accionante no manifestó inconformidad al respecto, la Sala se releva de verificar la liquidación.

(v) De los descuentos para salud.

De acuerdo a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (CSJ SL2376-2018).

(vi) Del número de mesadas.

Como la pensión de invalidez se causa con posterioridad al 31 de julio de 2011, debe ser reconocida a razón de 13 mesadas al año.

(vii) De los intereses moratorios.

Señala el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En ese sentido, se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión, cuando ésta se ha tardado en la solvencia de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta el periodo de gracia que le concede el artículo 4º de la Ley 700 de 2001, modificado por el inciso final del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que pasó a ser de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de radicación de los documentos necesarios para resolver las solicitudes prestacionales.

En el presente asunto, la demandante acreditó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez a partir del 23 de mayo de 2016, data en

la cual fue estructurada su invalidez. Además, solicitó el reconocimiento de la prestación el 17 de agosto de 2016, sin embargo, la entidad negó su reconocimiento según consta en Resolución GNR 357552 de 26 de noviembre de 2016, por haberse reconocido previamente indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución n.º 102140 de 2011 (f.º carpeta resoluciones expediente digital) la que solo viene a ser reconocida en virtud del presente proceso.

No obstante, la razón por la cual Colpensiones negó la prestación no se encausa en aquellas subreglas establecidas por la H. Corte Suprema de Justicia para absolver a los entes de seguridad social del pago de intereses moratorios (CSJ SL3087-2014, CSJ SL16390-2015, CSJ SL2941-2016 SL508-2020 y SL3342-2020), según la cual la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, luego, son condenadas con fundamento en un criterio jurisprudencial en torno a la validez de normas o su aplicación en el tiempo. En el presente caso, la negativa obedeció al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, pero olvidó que, con posterioridad a este hecho, la promotora realizó nuevas cotizaciones que justamente le permitían acceder a la pensión de invalidez reclamada, por lo que omitió al momento de su estudio dar aplicación a la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL 30123, 20 nov. 2007, reiterada en SL11234-2015, SL1416-2019, SL3784-2019 y SL 2816-2020.

En consecuencia, Colpensiones está obligada a pagar intereses moratorios a la demandante a partir de 17 de diciembre de 2016, mes a mes respecto de las mesadas causadas entre el 23 de mayo de 2016 y el 14 de marzo de 2019, desde que cada mesada se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación con la correspondiente inclusión en nómina de pensionados. No se causan intereses moratorios respecto de las mesadas causadas a partir del 15 de marzo de 2019, como quiera estas han sido canceladas por la entidad en virtud de la orden de tutela.

Ahora, como quiera que el Juez determinó que los intereses moratorios se pagan a partir del 18 de diciembre de 2016 y la parte accionante no apeló el punto, la Sala no puede modificar la sentencia en este tópico.

(viii) De la prescripción

Estima la Sala que en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, dado que no ha transcurrido más de los 3 años establecidos en los artículos 151 del Código de Procedimiento Laboral y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, contados desde que el derecho se hizo exigible. En efecto, la pensión de invalidez se causó el 23 de mayo de 2016, la accionante solicitó su reconocimiento el 17 de agosto de 2016, la cual fue negada mediante Resolución GNR 357552 de 26 de noviembre de 2016 y la demanda fue interpuesta el 13 de mayo de 2019 (f.º 34 expediente digital).

(ix) De las costas del proceso

Sobre el particular, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la demandada por este concepto, como quiera que al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones relacionadas en el escrito introductorio y resultó condenada.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modifica la sentencia analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la apelación y en el grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el punto primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de julio de 2020, en el sentido de indicar que los intereses moratorios se causan a partir del 18 de diciembre de 2016 respecto de las mesadas causadas entre mayo y noviembre de 2016 y mes a mes respecto de las causadas a partir de diciembre de 2016 y hasta el 14 de marzo de 2019, desde que cada una se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de autorizar a la demandada a descontar el porcentaje correspondiente a los aportes destinados al sistema de salud.

TERCERO: ADICIONAR la decisión analizada en el sentido de indicar que para determinar el retroactivo pensional Colpensiones deberá tomar en consideración únicamente las mesadas pensionales causadas entre el 23 de mayo de 2016 y la fecha en que empezó a pagar la pensión de manera provisional en virtud del fallo de tutela emitido por el Tribunal Superior de Bogotá el 15 de marzo de 2019, acatado mediante Resolución SUB 85321 del 9 de abril de 2019.

CUARTO: Sin costas en consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 037 2018 00109 01
DEMANDANTE: BLANCA DORIS OSORIO LEAL
DEMANDADO: FEDERACIÓN NACIONAL DE ALGODONEROS.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Analiza la Sala en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare entre las partes un contrato a término indefinido a partir del 1° de abril de 1975 hasta el 30 de mayo de 2018. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar el cálculo actuarial con el fin que se vean reflejadas en la historia laboral las semanas correspondientes al periodo comprendido entre el 1° de julio de 1980 y el 30 de mayo de 1981.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1° de abril de 1975 se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo que finalizó el 30 de mayo de 1981, por decisión unilateral de la empleadora. Refirió que en diciembre del año 2016 solicitó se le expidiera certificado laboral y en respuesta de 24 de enero de 2017 se le informó que varios de los archivos de la Federación fueron incinerados, entre ellos, 20 cajas y que era probable que entre las mismas estuviere la información con ella

relacionada, por lo que no era posible expedir el certificado requerido (f.º 3 a 8).

Al dar respuesta la parte demandada, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, únicamente la petición presentada por la accionante. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de la obligación, la inexigibilidad de la obligación y la prescripción (f.º 25 a 29).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de agosto de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, además condenó a la parte demandante a reconocer las costas del proceso (f.º 64).

Como sustento de su decisión, encontró acreditado la existencia de la relación laboral, no obstante, no se demostró el extremo final, por lo que no es procedente imponer condena alguna, por ello, se relevó de estudiar las excepciones, especialmente la relacionada con la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a la decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a determinar la existencia de la persona jurídica demandada y, en consecuencia, verificar el contrato de trabajo alegado, así como el derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial implorado.

(i) De la existencia de la Federación Nacional de Algodoneros.

La posibilidad de comparecer en un proceso está dada en función de la capacidad, como atributo fundamental de la existencia de las personas jurídicas, pues les permite actuar a través de sus representantes como sujetos de derechos y obligaciones. En el caso de las personas jurídicas, la capacidad para comparecer presupone necesariamente su existencia, así que su liquidación al ser inscrita en el registro mercantil trae como consecuencia inmediata la extinción de la sociedad y, por consiguiente, la imposibilidad para actuar (art. 53 y 54 del CGP).

De allí, la razón de ser, de la exigencia dispuesta en el artículo 26 el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, referente a *“La prueba de la existencia y representación legal, si es una persona jurídica de derecho privado que actúa como demandante o demandado”*.

En el presente asunto, la demanda fue interpuesta el 22 de febrero de 2018 (f.º 18) y con a ella se acompañó el certificado de existencia y representación de 21 de febrero de 2018, en la que aparece la anotación *“QUE POR PROVIDENCIA DEL JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO, DEL 03 DE SEPTIEMBRE 3 DE 2001, INSCRITA EL 14 DE DICIEMBRE DE 2001 BAJO EL NO. 45938 DEL LIBRO I, SE ADMITE TRÁMITE DE LIQUIDACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA RESOLUCIÓN 469 DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA EN LA QUE SE TRASLADA LA COMPETENCIA DEL PROCESO LIQUIDATORIO DE LA ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO DE LA REFERENCIA”* (f.º 16 y 17).

No obstante, al contestar la Federación aportó otro certificado de existencia y representación generado el 5 de febrero de 2019, en el que se

puede leer *“QUE POR AUTO NO. 003 DEL 18 DE ENERO DE 2016 INSCRITO EL 20 DE MARZO DEL 2018 BAJO EL REGISTRO NO. 00300051 DEL LIBRO I DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO, EL JUZGADO 13 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., APROBÓ LA ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES Y DECLARA TERMINADA LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA DE LA ENTIDAD DE LA REFERENCIA”* y certifica *“QUE EN CONSECUENCIA, Y CONFORME A LOS REGISTROS QUE APARECEN EN LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, LA ENTIDAD SE ENCUENTRA LIQUIDADA”*. (f.º 30 y 31). Además, allegó decisión adiada el 18 de enero de 2016, mediante la cual el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá aprobó la adjudicación de bienes a los acreedores, ordenó al liquidador hacer entrega de los mismos, declaró terminada la liquidación y dispuso:

“4. Declárese TERMINADA la liquidación y consecuencialmente se ordena la cancelación de las medidas cautelares decretadas sobre todos y cada uno de los bienes que fueron materia de cesión de bienes. Por secretaría líbrense los oficios.

5. Ordénase la inscripción de la presente providencia en la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. donde fue inscrita la FEDERACIÓN NACIONAL DE ALGODONEROS, para efectos del artículo 199 de la Ley 222 de 1995. Por secretaría líbrense el correspondiente oficio” (f.º 33).

Bajo este panorama, resulta claro que para la data en que el accionante interpuso la demanda - 18 de junio de 2019 - la Federación ya estaba liquidada, por tanto, no podía ser sujeto procesal, pues con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, desapareció del mundo jurídico, en consecuencia, no podía actuar, ejercer derechos y adquirir obligaciones, por lo que mal podría tenerse como parte dentro del proceso a una persona jurídica inexistente.

Conforme a lo anterior, es imposible determinar los demás aspectos puestos en conocimiento con la demanda, por lo que se confirma la sentencia analizada, pero por las razones expuestas en precedencia.

No se causan costas en el grado de jurisdicción.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 27 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY.
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2018 00207 01
DEMANDANTE: LUIS FERNÁNDO HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
DEMANDADO: ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que la demanda lo despidió sin justa causa. En consecuencia, sea condenada a reintegrarlo al mismo cargo que desempeñaba y con las mismas condiciones que tenía al 12 de enero de 2018, a pagarle salarios debidamente incrementados legal o convencionalmente, las vacaciones, los aportes a la seguridad social, la indexación correspondiente, a pagar los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, imploró condenar a la demandada a pagarle la indemnización por despido injustificado previsto en el artículo 3° de la Convención Colectiva de 1982, reformado por el artículo 4° de la convención vigente para 1984 que se encuentra vigente. En subsidio de esta pretensión, pide se ordene el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó Almacenes Generales de Depósito S.A. – ALMACAFÉ el 2 de noviembre de 1989, el 19 de diciembre de 2014 se realizó sustitución patronal entre Almacafé y la Fundación para la Certificación del Café de Colombia - CAFECERT, la cual se hizo efectiva a partir del 2 de enero de 2015 y fue vinculado en calidad de representante legal, por aproximadamente 3 años. Refirió que el 31 de octubre de 2017 Cafecert realizó sustitución patronal con Almacafé, la que se hizo efectiva al día siguiente 1º de noviembre, cuando fue nombrado Coordinador en el área de Calidad de Café, pero no le fue asignado puesto de trabajo, ni funciones.

Adujo que mediante comunicación del 20 de noviembre de 2017 Almacafé le concedió 28 días de vacaciones a partir de 12 de diciembre del mismo año hasta el 23 de enero de 2018, pero en el periodo comprendido entre el 21 de noviembre y el 11 de diciembre de 2017 deambuló sin puesto de trabajo. Luego, acordó con su jefe inmediato que las vacaciones sólo irían hasta el 8 de enero, por lo que se reincorporó el 9 de enero de 2018, pero se encontró nuevamente sin tareas que realizar, ni puesto de trabajo que ocupar, situación que lo llevó a pedir cita con la gerencia la que le fue negada, por lo que vía electrónica solicitó aclaración sobre sus vacaciones. Posteriormente, el 12 de enero, fue citado a diligencia de descargos, programada para ese mismo día a las 11:00 a.m. en la cual se le negó el derecho a asistir acompañado por un abogado y la prueba solicitada consistente en balance del año 2015. Indicó que en la diligencia no le informaron que la supuesta falta fue cometida en el año 2016 y él se refirió siempre a hechos del año 2015.

Manifestó que terminada la diligencia le fue retirado el computador institucional que tenía en uno y bloqueado su correo; después a las 4:56 p.m. la empleadora le hizo entrega de la carta de despido que incluye motivos que no fueron tratados en la diligencia de descargos, como acoso laboral a subalternos y la suspensión de la acreditación a Cafecert por su negligencia, circunstancias que tampoco fueron puestas en conocimiento en vigencia de la relación laboral.

Relató que en los 28 años en los que prestó servicios a la demandada nunca recibió un llamado de atención y debía dar cuenta de su gestión a la Junta Directiva anualmente. Advirtió que las cuentas fenecían anualmente y aquellas que produjeron el despido fueron aprobadas por dicha junta. Finalmente, que adelantó proceso ordinario con el fin de obtener la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual, en el cual se concedió la pretensión por el Juzgado y por el Tribunal. Refirió también, que devengó un salario integral equivalente a \$12.316.140 (f.º 2 a 44 y 107 a 129 subsanación expediente digital).

Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia del contrato de trabajo y su fecha de inicio, el nombramiento a partir del 1º de noviembre de 2017 en el cargo de coordinador, la reincorporación del periodo de vacaciones el 9 de enero de 2018, la entrega de la carta de despido y el salario devengado a la terminación del contrato. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la prescripción, la buena fe, la falta de título y causa, el pago, la compensación, el enriquecimiento sin causa del demandante y las demás declarables oficiosamente (f.º 170 a 190 y 292 a 320 subsanación expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de julio de 2020 absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante no demostró ostentar la calidad de pre pensionado. Determinó que la convención colectiva de trabajo fue aportada sin la correspondiente constancia de depósito, por lo que no era viable entrar a analizar si la demanda cumplió o no con el trámite previsto allí, previo a despedirlo. Señaló que el despido no es una sanción disciplinaria y, por tanto, la empleadora no tenía por qué adelantar el trámite previsto para tal evento.

Concluyó que, aunque en la carta de despido se expusieron motivos adicionales a los tratados en los descargos, la demandada logró demostrar que se configuraron los hechos debatidos en dicha diligencia por lo que el despido no es injustificado, además demostró que una vez tuvo conocimiento de la causal procedió de inmediato a finalizar el vínculo.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que, aunque hubo sustitución patronal entre Almacafé y Cafecert, los hechos que se imputan al demandante acontecieron cuando prestaba servicios a la última, por ello, se debió adelantar el proceso de despido y el proceso disciplinario. Sostuvo que la sustitución patronal nuevamente hacia Almacafé se dio a partir del 1º de noviembre de 2017 hasta el 12 de enero de 2018, lapso en el cual no se probó que hubiera cometido alguna falta gravísima que ameritara la terminación del contrato, así que esta empleadora lo despidió por hechos configurados al servicio de una empresa diferente, con nómina autónoma y objeto social diferente.

Sostuvo que se aportó compendio unificado de textos convencionales en el cual se encuentra la totalidad de documentos suscritos entre Almacafé y el Fondo de Empleados, por lo que debió tenerse en cuenta este documento para estudiar el reintegro del demandante. Finalmente, indicó que todas las causas invocadas para dar por terminado el contrato debieron ser estudiadas, pues se evidencia que hubo una vulneración de derechos al incluir en la carta de despido asuntos que no fueron objeto de la diligencia de descargos.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación, por lo que corresponde dilucidar si hay lugar a declarar ineficaz el despido, en consecuencia, declarar procedente el reintegro sin solución de continuidad por no haberse observado el procedimiento convencional.

En el presente caso, se encuentra probado que: **i)** el accionante prestó sus servicios a Almacafé a partir del 2 de noviembre de 1989 hasta el 1º de enero de 2015; **ii)** desempeñó como último cargo el de Coordinador de Certificación, desde el 2 de enero de 2015 y pasó a prestar servicios a Cafecert como Gerente (f.º 45 expediente digital). Luego a partir de 1º de noviembre de 2017, regresó a Almacafé para ejercer el cargo de Coordinador (f.º 46 expediente digital); **iii)** el contrato fue finalizado por la demandada el 12 de enero de 2018, y para ello, invocó hechos imputables al trabajador.

1. De la sustitución patronal

De conformidad con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo “*se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad de establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios*”.

Frente a la figura, de la sustitución patronal la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3001 de 2020, puntualizó que:

*“De acuerdo con este precepto, la sustitución de empleadores se configura cuando existe un cambio en la titularidad de la empresa, independientemente de cuál sea el negocio jurídico subyacente, **y siempre que esta operación implique la continuidad de las actividades empresariales.***

Por tanto, el cambio de titularidad de la empresa (sale un titular y entra otro respecto del mismo negocio), también conocido como sucesión de empresa (un empresario sucede a otro en la misma empresa) o transmisión de empresa (el titular anterior de la empresa

la vende o traspasa a un nuevo titular) es un elemento ineludible para que la figura de marras se configure.

Adicionalmente, este cambio de empleador supone que, en virtud de un acto, el empresario cedente transfiere al cesionario bienes susceptibles de explotación económica, con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado. Dicho de otra forma, **la sucesión de empresa supone el traspaso de un conjunto de medios organizados susceptibles de permitir la continuación de la actividad económica correspondiente.** Por consiguiente, la mera transmisión de la actividad, sin que esté acompañada del traspaso de los medios de producción o de la organización empresarial, no configura una sustitución de empleadores.

Precisamente en este aspecto reside la diferencia entre la tercerización laboral y la sustitución de empleadores. En la primera, el empresario «hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo» (CSJ SL467-2019), lo que usualmente se concreta a través de la figura de los contratistas y subcontratistas prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Luego, en la tercerización laboral, hay una externalización de tareas o, si se quiere, un traspaso de actividades de una empresa a otra, pero sin transferencia de la organización empresarial. **Por ello, la empresa cesionaria puede reversar la actividad cedida o delegarla en otro contratista.**

En cambio, en la sustitución de empleadores, **no solo hay una transmisión de actividad; también se transfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por tanto, no hay sucesión de empresas si no opera este trasvase de los medios organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido.** (negrillas fuera del texto)

Bajo estos derroteros, encuentra la Sala que el accionante aportó documento denominado “SUSTITUCIÓN DE PATRONOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO DE LUIS FERNÁNDO HERNÁNDEZ FERNANDEZ” suscrito el 19 de diciembre de 2014 por Octavio Castilla Gutiérrez como representante legal de Almacafé y Luis Fernando Hernández Fernández en nombre y representación de Cafecert “entidad sin ánimo de lucro aprobada mediante Acta del 21 de noviembre de 2014, otorgada en Asamblea constitutiva, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 17 de diciembre de 2014 bajo el No. 00244998 del Libro 1 de las Entidades sin ánimo de lucro” según el cual “en desarrollo del convenio de cooperación suscrito el 19 de diciembre de 2014” convinieron la sustitución de patronos en cuanto al contrato de trabajo de Luis Fernando Hernández Fernández quien se desempeñaba en el cargo de Coordinador de Certificación. Además, en dicho documento se puede leer que:

“Este tendrá vigencia a partir del dos (2) de Enero de Dos Mil Quince (2015), fecha a partir de la cual se traslada al señor LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ a la FUNDACIÓN PARA LA CERTIFICACIÓN DEL CAFÉ DE COLOMBIA CEFECERT para desempeñar el cargo de Gerente. Dentro del término prudencial los ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. ALMACAFÉ, liquidará y entregará a la FUNDACIÓN PARA LA CERTIFICACIÓN DEL CAFÉ DE COLOMBIA CEFECERT, los salarios y demás prestaciones que adeuda a la fecha del presente acuerdo al señor LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ. En caso de un eventual retiro por terminación del contrato por mutuo acuerdo o mediante el pago de una indemnización, Almacafé proveerá los recursos indemnizatorios por el tiempo de servicios prestados a esta entidad.” (f.º45 expediente digital)

También fue allegado documento denominado “SUSTITUCIÓN DE PATRONOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO DE “LUIS FERNÁNDO HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ” suscrito el 31 de octubre de 2017, entre el representante legal de Almacafé y José Felipe Mejía Jaramillo quien actúa en representación de Cafecert en calidad de primer suplente del Gerente General, según el cual convinieron la sustitución de patronos en cuanto al contrato de trabajo de Luis Fernando Hernández Fernández, en el que acordaron:

“Este tendrá vigencia a partir del primero (1) de Noviembre de Dos Mil Diecisiete (2017), fecha a partir de la cual se traslada al señor LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ a los ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. ALMACAFÉ, para desempeñar el cargo de Coordinador. Dentro del término prudencial FUNDACIÓN PARA LA CERTIFICACIÓN DEL CAFÉ DE COLOMBIA CEFECERT, liquidará y entregará a los ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. ALMACAFÉ, los salarios y demás prestaciones que adeuda a la fecha del presente acuerdo al señor LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ. En caso de un eventual retiro por terminación del contrato por mutuo acuerdo o mediante el pago de una indemnización, Cafecert proveerá los recursos indemnizatorios por el tiempo de servicios prestados a esta entidad.” (f.º46 expediente digital)

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de Almacafé - Juan Felipe Blanco Rincón - confesó que Cafecert y Almacafé son dos personas jurídicas totalmente distintas, la primera, es un almacén de depósito vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia y, la segunda, es una fundación que se dedica a la certificación de café.

Analizadas en conjunto las pruebas antes relacionadas, estima la Sala que en el asunto bajo examen no se configuran los elementos

descritos en las normas legales y reglas jurisprudenciales para predicar la existencia de la sustitución patronal, como pasa a explicarse. Veamos:

1.- Cambio de empleador: Frente a este requisito se recuerda que el cambio de un empleador por otro puede ser por cualquier causa: venta, arrendamiento, cambio de razón social, etc., y de una persona natural por otra natural o jurídica o, de una persona por otra jurídica o natural. En las condiciones del caso analizado se encuentra demostrado que el demandante inició su vinculación laboral con Almacafé, luego, pasó a prestar servicios a Cafecert, para finalmente regresar a Almacafé.

2.- Continuidad de la empresa o establecimiento: Este requisito se refiere a lo esencial de las actividades que desarrollaba la empresa o el empleador cuando se da el fenómeno de la sustitución patronal. Situación no se configura en este asunto, pues resulta claro que cada uno de los empleadores se dedica a actividades diferentes, es decir, que en este caso no salió un titular y entró otro respecto del mismo negocio. Tampoco se transfirieron estructuras o elementos organizativos para dar continuidad de bienes y servicios ofrecidos en el mercado.

3.- Continuidad del trabajador: Hace relación a su permanencia en la empresa o establecimiento cuando se produce el cambio de empleador, con la consecuente prestación de los mismos servicios al nuevo empleador. En el *sub lite* se verificó que el actor pasó a prestar servicios a una empresa totalmente nueva y cambió de cargo, toda vez que al servicio de Almacafé se desempeñaba como Coordinador, entre tanto, en Cafecert ocupó el cargo de Gerente y al regresar a Almacafé volvió a ser designado como Coordinador.

Así las cosas, es claro que no se configura la sustitución patronal pretendida por el promotor del juicio, dado que lo efectuado por Almacafé en realidad fue enviar a uno de sus trabajadores a prestar servicios a un tercero y, para ello, se comprometió a asumir la carga prestacional causada y conservó la unidad del contrato, pero sin la transferencia del establecimiento. En efecto, Almacafé, como almacén de depósito, siguió

manteniendo su identidad (medios organizacionales), y en ningún momento fue reemplazada por otra empresa.

Dilucidado entonces la inexistencia de la sustitución patronal, a efectos de establecer quien fue el empleador del demandante y su legitimación para dar por terminado el contrato, pasa la Sala a estudiar la cesión de contratos.

Para ello, se hace necesario indicar que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha referido que aunque la figura de la cesión de contratos laborales no está prevista en el Código Sustantivo de Trabajo, el surgimiento de estructuras empresariales complejas ha puesto de relieve las insuficiencias de este, para regular situaciones como la movilidad y circulación de trabajadores al interior de los grupos y redes empresariales con la cual se pueden fortalecer sus unidades de producción a través de la transferencia de conocimientos científicos, tecnológicos y especializados, lo que redundaría en su mayor competitividad. Igualmente, esta movilidad permite al trabajador acceder a mejores oportunidades para acceder al empleo y lograr su promoción profesional, además evita la ruptura innecesaria del contrato de trabajo con el antiguo empleador y la suscripción de uno nuevo, con las consecuencias negativas que conlleva respecto de la conservación de la antigüedad laboral.

Sin embargo, la H. Corte Suprema de Justicia ha clarificado que para la configuración de la cesión de contratos es necesario contar con la aquiescencia expresa del trabajador, pues este en manera alguna puede ser considerado como una mercancía. Sobre la cesión de contratos en materia laboral, la referida Corporación en sentencia SL 3001 de 2020, indicó:

“Dadas estas razones y circunstancias, para la Corte no debe existir objeción alguna para que, en la actualidad, en desarrollo de la libre negociación y dentro de un espíritu de respeto de las condiciones laborales adquiridas por los trabajadores, sea posible celebrar acuerdos de cesión de contratos de trabajo, en virtud de los cuales un empleador transfiera a otro los contratos suscritos con sus empleados, a fin de que a futuro estos queden a disposición de este último. Desde luego que para que dicho pacto

sea válido, es necesario que los trabajadores participen, brindando su consentimiento de manera expresa.

En efecto, los trabajadores no son una mercancía de la cual se pueda disponer así, sin más. Desde la declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), integrada como anexo a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1944, la OIT ha venido reafirmando el principio según el cual «el trabajo no es una mercancía». Esto significa que los trabajadores no pueden ser cosificados, tratándolos como un objeto o producto del cual se puede disponer libremente en el intercambio de bienes y servicios en el mercado. El trabajador es ante todo un ser humano, digno y merecedor de respeto, y su actividad -el trabajo- es un bien social.

Por tanto, para que este tipo de acuerdos laborales produzca efectos jurídicos, es indispensable que posean una estructura triangular en la cual concorra la voluntad de los empleadores y de los trabajadores concernidos. Lo anterior, igualmente se justifica debido a que la relación de trabajo es bilateral e intuitu personae de la cual surgen mutuamente derechos y obligaciones, de manera que el trabajador también guarda un especial interés en conocer las características y condiciones de su nuevo empleador, sobre todo en aquellos escenarios en los que la subrogación de la posición empresarial pueda constituir un riesgo para el cumplimiento de las obligaciones laborales, implicar mayores dificultades para el ejercicio de los derechos laborales o reducir las posibilidades de crecimiento profesional.

(...)

Aunque se trate de aspectos ínsitos o sobreentendidos de este tipo de acuerdos, no sobra mencionar que además del consentimiento expreso e inequívoco del trabajador en la cesión del contrato de trabajo, es indispensable que (i) no se menoscaben o desmejoren derechos (art. 53 CP, inc. final); (ii) el nuevo empleador sea un verdadero empresario que cuente con una estructura y organización productiva propia, es decir, con medios, personal y recursos suficientes para producir bienes y servicios, y (iii) que los trabajadores se encuentren bajo su ámbito de organización y dirección. Esto, porque la cesión de contratos de trabajo no puede utilizarse con fines defraudatorios o para dar lugar a situaciones de intermediación laboral ilegal, en las cuales la empresa cesionaria actúa como una persona interpuesta, encargada de suministrar trabajadores a la empresa cedente.

Al amparo de lo expuesto, se advierte que, pese a que el demandante y Almacafé suscribieron documento denominado sustitución de patronos, lo que en realidad se configuró fue una cesión del contrato, primero de Almacafé a Cafecert, y con posterioridad de Cafecert nuevamente a Almacafé. Movilidad respecto de la cual expresó su voluntad el trabajador con la suscripción de los documentos correspondientes visibles a folios 45 y 46 del expediente digital. Por lo que es claro que el contrato se mantuvo entre el 2 de noviembre de 1989 y el 12 de enero de 2018, por consiguiente, Almacafé si estaba legitimada para despedir al actor, como

quera que para el momento en que tuvo conocimiento de los hechos, este era su trabajador, además las causales invocadas estaban relacionadas con recursos por ella girados.

2. De la justa causa del despido

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (SL284-2018). Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 12 de enero de 2018 (f. º 61 a 65 expediente digital), informa al demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

“Una vez analizadas las explicaciones rendidas por usted en audiencia de descargos del día 12 de enero de 2018 y considerados a cabalidad todos los requisitos previstos para el ejercicio legítimo del derecho de defensa, le informamos que no encontramos justificados los argumentos expuestos por usted, motivo por el cual la empresa ha decidido terminar su contrato de trabajo con justa causa imputable a usted como trabajador, las razones que motivan esta decisión están fundamentadas en las graves faltas por usted cometidas, en ejecución del contrato de trabajo después de adelantada la correspondiente investigación y teniendo en cuenta que dichas conductas se tipifican como faltas graves y violatorias de la ley laboral de acuerdo al Código Sustantivo de Trabajo y el Contrato Individual de Trabajo vigente suscrito con usted el 02 de noviembre de 1989

Lo anterior, por cuanto de acuerdo a la evidencia probatoria y a la audiencia de descargos realizada, queda claramente demostrado que usted de manera irregular mediante el abuso de sus facultades conferidas para el momento de los hechos y valiéndose del nombre de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A.- Almacafé o de sus trabajadores y de la confianza depositada a usted por la Empresa ordena la totalidad del pago directo a su favor, de 55.5 días de vacaciones por valor de \$18.774.750, aun cuando lo mismo nunca ha sido práctica de Almacafé o de alguna de la Empresas que integran la institucionalidad cafetera, o que esté autorizado por la ley, pues dicho comportamiento es totalmente violatoria de la Ley laboral vigente, la cual respecto del tema particular señala: ...”

Conforme a lo anterior, se advierte que la demandada Almacafé S.A. termina el contrato de trabajo debido a que el demandante giró en su favor, sin previa autorización, la suma de \$18.774.750 correspondiente a 55.5 días de vacaciones, dinero que esta empresa giró a Cafecert cuando realizó la cesión del contrato.

Por ello, a efectos de validar la justeza del despido, esta Colegiatura se remite al acta de la diligencia de descargos rendida por el promotor del juicio el 12 de enero de 2018, en la que se puede leer que:

“Debo aclarar lo siguiente, en mi conocimiento cuando uno se retiraba de Almacafé o de cualquier otra empresa, generalmente o normalmente los valores de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, cesantías se liquidan al empleado cuando se retira de la Empresa en su momento yo entendí que el valor consignado por Almacafé a Cafecert correspondía a dicha liquidación y que por tanto tenía el derecho de solicitar la consignación del valor en mención a mi favor. Segundo, cuando me retiré de Almacafé y pasé a ser parte de Cafecert en mi cuenta personal figuraba un valor de alrededor 106 días de vacaciones por disfrutar y nos que finalmente resultaron del análisis de Gestión Humana de Almacafé, siempre que los días que fueron liquidados por Almacafé a Cafecert por concepto de mis vacaciones no incluían los 45 días que no aparecían en SAP pero que estaban avalados por Martha Isabel Victoria López siempre tuve esta confusión presente”

Refirió insistentemente que actuó de buena fe y realizó el pago porque creyó tener derecho, razón por la cual no solicitó autorización a la Junta Directiva, pero indicó que el desembolso no se hizo a escondidas de esta – a la que le reportaba- pues la junta tuvo acceso a los balances en los cuales podía verificar la suma girada y el concepto. Señaló también que una empresa externa prestaba servicios contables a Cafecert la que tampoco advirtió nada sobre el pago. Aseguró que en Cafecert no existía reglamento, procedimiento o documento en el que se explicara que el Gerente como ordenador del gasto debía acudir a alguna instancia para solicitar la aprobación del traslado que realizó. Confesó que al ejecutar el giro no solicitó aclaración sobre la procedencia del mismo, aunque señaló fehacientemente que con posterioridad pidió explicación y aclaración respecto de los días de vacaciones que tenía pendientes, pues una vez regresó de Cafecert a Almacafé fue enviado a disfrutar del descanso remunerado. De otro lado, dijo: *“No estoy delegando mi responsabilidad,*

pero considero, que esta debe ser compartida con los miembros de la Junta Directiva y en mayor medida con la empresa prestadora del servicio que debió actuar de manera correcta”.

Resulta importante destacar que, aunque en algunos apartes de la diligencia de descargos el demandante manifestó que solicitó aclaración sobre el estado de sus vacaciones, estos no fueron aportados al proceso y en todo el contenido del acta se desprende que la solicitud de aclaración se dio no en el momento en que se tomó la decisión de hacer el pago, sino cuando el actor regresó a Almacafé, es decir, tres años después.

Frente al disfrute y causación de las vacaciones, se advierte conforme a los artículos 186 y ss del Código Sustantivo de Trabajo, los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas, el disfrute de las vacaciones es determinado por el empleador, pero debe ponerlo en conocimiento del trabajador con 15 días de anticipación. Ahora, en lo que importa al problema jurídico planteado, el empleador y el trabajador podrán acordar por escrito, previa solicitud este último, que se pague en dinero hasta la mitad de las vacaciones.

En el asunto bajo examen, está probado que el trabajador giró en ejercicio de su calidad de gerente y en su beneficio, la suma de \$18.774.750 correspondiente a 55.5 días de vacaciones, los cuales tenía pendientes por disfrutar. Sin embargo, se considera que, conforme al precepto legal enunciado, al extrabajador no le era dable disponer de los recursos girados por Almacafé, pues tal como dispone el artículo 189 del Código Sustantivo de Trabajo, debía solicitar al empleador el pago y además suscribir un acuerdo en tal sentido. Estima la Sala que la afirmación de creer tener derecho al pago no le alcanza para eximir de responsabilidad al demandante, quien, pese a ostentar un cargo directivo no tenía la potestad, así hubiese sido de buena fe, de girar sin autorización recursos, que, si bien estaban destinados a cubrir una acreencia laboral en su favor, aún le pertenecían al empleador.

Resulta claro entonces, que la demandada cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, pues demostró los hechos constitutivos de una de las justas causas que invocó para dar por terminado el contrato, razón por la cual no es viable revocar la sentencia de primera instancia para ordenar el pago de la indemnización implorada. Por tal razón, resulta inoficioso analizar la configuración de los demás hechos invocados en la demanda como causas de terminación, por lo que resulta irrelevante, en lo que importa al proceso, que sobre los mismos no hayan sido objeto de la audiencia de descargos.

3. Del procedimiento convencional previo al despido

Frente al punto, estima esta Colegiatura que no es procedente analizar si Almacafé debía adelantar algún procedimiento convencional específico previo al despido, como quiera la parte actora apenas allegó el compendio unificado de textos convencionales 1961 -1968 (f.º 336 a 45 expediente digital), pero no aportó las correspondientes constancias de depósito de los instrumentos fuente del derecho reclamado.

Al respecto, el artículo 469 del Código sustantivo de Trabajo dispone que la convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. **Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.**

En tal virtud, para que salieran victoriosas las pretensiones convencionales, era deber de la parte demandante aportar el escrito de la convención colectiva, inclusive en copia simple, junto con su constancia de depósito en tiempo ante el Ministerio de Trabajo como lo dispone el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es una solemnidad que necesariamente debe ser demostrada en el proceso, si se pretende derivar algún efecto jurídico a la convención.

Por ello, se colige que la parte demandante desatendió lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), ya que los hechos en que fundó sus pretensiones carecen de la prueba solemne, pues pese a que aportó un compendio convencional, no trajo al proceso constancia de depósito, por lo que necesariamente debe acarrear las consecuencias negativas de su actuar omisivo.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirma la sentencia apelada.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de julio de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 35-2018-00207-01



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 34 2017 00469 01
DEMANDANTE: GISELA ANGELICA GANTIVA PRIETO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES
PROTECCIÓN S.A. Y LLAMADA EN GARANTÍA
COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A. y Compañía de Seguros Bolívar S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene al fondo de pensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge supérstite de Francisco David Artunduaga, a partir del 24 de agosto de 2012, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. Subsidiariamente, a los intereses moratorios, imploró la indexación de las mesadas pensionales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de noviembre de 1982 y contrajo matrimonio católico con el señor Francisco David Artunduaga el 23 de marzo de 1999, en el que procrearon a una hija de nombre Danna Julieth Artunduaga Gantiva, quien nació el 19 de agosto del 2.000.

Refirió que su cónyuge falleció el 24 de agosto de 2012, por lo que en calidad de cónyuge supérstite y en representación de su menor hija reclamó a la AFP Protección S.A. el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue otorgada únicamente a su menor hija a través de comunicación del 28 de junio de 2013, en un 100%. Manifestó que el 10 de marzo de 2017, reclamó nuevamente el reconocimiento del 50% de la prestación, pero mediante Oficio DNP RV - 3502 del 28 de marzo de 2017 fue negada al indicarse que la pareja no convivía para el momento del deceso. Adujo que el vínculo matrimonial se mantuvo vigente hasta el momento del deceso del causante, dado que nunca se divorciaron y no liquidaron la sociedad conyugal (f.º 24 a 34).

Al contestar la **AFP Protección S.A** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento del causante y la demandante, la data en que contrajeron matrimonio, la existencia de una hija, la reclamación presentada y el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en un 100% a la menor. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de acreditación de los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, la buena fe, la prescripción, y las demás declarables oficiosamente (f.º 73 a 81 expediente digital).

La AFP llamó en garantía a la **Compañía de Seguros Bolívar S.A.**, quien también rechazó las suplicas de la demanda. Respecto de las situaciones fácticas, admitió las fechas de nacimiento de la demandante, su cónyuge e hija, el matrimonio y la vigencia de este al momento del deceso, al igual que la negativa de otorgar la prestación a la demandante. Para enervar las pretensiones, formuló las excepciones de buena fe, la prescripción, la falta de cumplimiento de los requisitos para reconocer la pensión de sobrevivientes y el pago parcial de la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes (f.º 150 a 156).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de julio de 2020, declaró que la demandante es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite del causante Francisco David Artunduaga a partir del 24 de agosto de 2012. Condenó a la AFP Protección S.A. en su posición de garante de la pensión y a la Compañía de Seguros Bolívar S.A. como entidad pagadora de la renta vitalicia inmediata a pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante en proporción del 50% de la mesada percibida por la hija del causante a partir del 1º de agosto de 2014. A pagar a favor de Danna Julieth Artunduaga Gantiva hasta que culmine sus estudios universitarios, momento en el cual la demandante acrecerá su derecho en un equivalente del 100% del valor de la mesada pensional. Dispuso a las demandadas la solvencia del retroactivo pensional a partir del 1º de agosto de 2014, con los reajustes anuales debidamente indexado, debiéndose realizar las compensaciones establecidas en el artículo 5 de la Ley 1204 de 2008 y a descontar el porcentaje correspondiente al sistema de salud, más las costas del proceso (expediente digital).

Como sustento de su decisión, luego de hacer referencia a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló que la demandante demostró haber convivido con el causante en calidad de cónyuge por espacio superior a 5 años en cualquier tiempo.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recursos de apelación

La **Compañía de Seguros Bolívar S.A.** imploró la revocatoria de la sentencia, por cuanto la demandante no acreditó haber convivido con el causante en los 5 años anteriores a su deceso. Además, que los testimonios tomados en consideración por el juzgado son de oídas.

De otro lado, sostuvo que comparece al proceso como llamada en garantía para contribuir con el pago de la suma adicional correspondiente a la pensión de sobrevivientes en virtud del seguro previsional y no como

pagadora de pensiones, razón por la cual, no puede ser condenada como aseguradora de una renta vitalicia. Reiteró que eventualmente sólo puede concurrir con el pago de una suma adicional para financiar la pensión, pero en manera alguna con el pago mensual de la prestación.

La **AFP Protección S.A.** argumentó que la demandante no demostró haber convivido con el causante en ninguna época durante 5 años, lo que se puede concluir luego de escuchar conjuntamente el dicho de los testigos. Sostuvo que la versión de la hija de la demandante y el causante debe ser analizado con rigor, pues es claro que puede buscar favorecer a su señora madre. Alegó que el Juzgado no tomó en consideración la investigación administrativa adelantada por la AFP en la que la accionante dijo que no convivía con su esposo porque se había separado hacía varios años.

En otro punto, indicó que no es procedente ordenar a la administradora pagar retroactivo pensional, pues ello generaría un enriquecimiento sin causa, ya que se le reconoció la prestación en un 100% a la hija del causante, la cual fue recibida y administrada por la demandante como su representante legal. Además, se demostró que, con posterioridad al deceso de su esposo, la accionante volvió a vivir con su hija como familia. Finalmente, expresó que de reconocerse algún retroactivo, este sólo podría darse eventualmente desde el cumplimiento de los 18 años de edad.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del afiliado Francisco David Artunduaga.

Está demostrado en el plenario y no es materia de discusión que: *i)* el afiliado Francisco David Artunduaga falleció el 24 de agosto de 2012 (f.º 5); *ii)* según estudio pensional realizado por la AFP Protección el causante en el periodo comprendido entre el 24 de agosto de 2009 y el 24 de agosto de 2012, cotizó más de 50 semanas, por tanto, *iii)* reconoció la pensión a la menor hija de la pareja Dana Julieth Artunduaga Gantiva mediante comunicación del 28 de junio de 2013 (f.º 10 expediente digital).

1. De la pensión de sobrevivientes ante el fallecimiento de un afiliado con vínculo matrimonial vigente y su acreditación en el presente caso.

La norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Francisco David Artunduaga falleció el 24 de agosto de 2012, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Dicho precepto legal, contempla que para obtener la pensión de sobrevivientes se requiere además de ser miembro del grupo familiar del afiliado al sistema, que éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, o conforme al párrafo cuando el afiliado hubiere cotizado el número de semanas

mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.***

Ahora, bajo una interpretación armónica del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 con el inciso 3.º del literal b) *ibídem* la H. Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separado de hecho del causante los 5 años pueden ser acreditados «en cualquier tiempo». Ello, en aras de cumplir la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del *de cujus*, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41673, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ

SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020 y CSJ 2746-2020, SL359-2021).

Acerca de dicha tesis, la misma Corporación en la sentencia CSJ SL359-2021 explicó que la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para negar la pensión de sobreviviente de un afiliado o pensionado. Al respecto indicó:

que la misma corresponde al verdadero alcance e intelección del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, porque aunado a lo referido anteriormente acerca de su finalidad, «su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos».

En la misma providencia, la Corte señaló que lo anterior obedece a que: (i) comúnmente, la separación de hecho ocurre por problemas estructurales en las relaciones matrimoniales, que a la larga generan el distanciamiento de los consortes; (ii) tales situaciones son imprevisibles por el legislador; (iii) y, por tanto, el rol del juez consiste en interpretar la norma conforme las particularidades de cada caso, es decir, darle el alcance que corresponda según cada situación que no pudo anticiparse en la ley. Conforme ello, anotó que incluso el artículo 176 del Código Civil, no establece dentro de las obligaciones a los cónyuges, las de mantener los lazos afectivos o familiares hasta el momento del fallecimiento de uno de ellos.

En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Bajo esa línea de pensamiento, se advierte que con el fin de acreditar la calidad de miembro del grupo familiar la promotora del juicio aportó registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado con el causante el 23 de marzo de 1999, documento que no presenta nota marginal o inscripción de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (f.º 3 expediente digital). Allegó registro civil en el que consta que Danna Julieth Artunduaga Gantiva nació el 19 de agosto del año 2000 y es hija de la accionante y el

afiliado. Igualmente, trajo comunicación adiada del 28 de junio de 2013, mediante la Cual la AFP reconoce la pensión de sobrevivientes a Danna Julieth en calidad de hija (f.º 7 y 10 expediente digital)

A solicitud de la parte actora fueron practicados los testimonios de Ana Elisa Gómez de Tuta y Sandra Yaneth Siabato Rodríguez. La testigo **Gómez de Tuta** manifestó que conoce a la demandante desde niña porque tuvo contacto constante con su familia en el barrio Engativá. Dijo que cuando esta cumplió 15 años se fue a vivir con el causante a la casa de su suegra, nunca la visitó allá, pero luego la pareja se mudó a vivir con la madre de la accionante hasta cuando la hija de la pareja cumplió 8 y él se fue de la casa solo, después al finalizar el año escolar se llevó a la niña a vivir con él.

La testigo **Sandra Yaneth Siabato Rodríguez** manifestó conocer a la demandante desde hace 25 años porque fueron vecinas, por lo que sabe que estuvo casada con Francisco David Artunduaga con el que tuvo una hija quien estudió los primeros años en el jardín infantil de propiedad de la testigo. Luego, la pareja se separó lo que sabe porque se lo contaron. Dijo que sabía que, en el último año de vida, su vecina y el causante se frecuentaban. Señaló que no sabía si la actora había convivido con alguna otra persona.

Por petición de la llamada en garantía Compañía de Seguros Bolívar S.A. se escuchó el testimonio de **Danna Julieth Artunduaga Gantiva** (hija de la actora y el afiliado) así como a Giovanni Artunduaga. La descendiente señaló que actualmente estudia diseño gráfico y convivió con sus dos padres hasta los 8 años. Posteriormente, se fue a vivir con su papá. Aseguró que, en el último año de vida de su padre, su mamá iba a visitarlos cada 8 días y a veces se quedaba. Aseguró que sus padres siempre se llevaron bien. Por su parte, el deponente **Giovanni Artunduaga** hermano del causante manifestó que él y la demandante tuvieron una hija y vivieron juntos, pero no recuerda las fechas.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que inició su relación afectiva con el causante cuando tenía 15 años y se casaron el 23 de marzo de 1999, al cumplir 16 años. Refirió que convivieron hasta el 2008, anualidad en que su hija cumplió 8 años y que inicialmente vivieron con su suegra, luego se casaron y al quedar en embarazo empezaron a vivir en el primer piso de la casa de su señora madre hasta que la relación se terminó y él se fue a vivir nuevamente a la casa de su progenitora. Refirió que luego pasaron a ser amigos y como un año antes de su deceso pensaron en volver, no obstante, nunca se constituyeron como pareja nuevamente. Explicó que su hija vivía con el causante y que tramitaron la custodia para él, pues los horarios de trabajo que ella manejaba no le permitían tenerla. Sostuvo que nunca se divorció de su esposo. Manifestó que la AFP Protección le canceló en calidad de representante legal de su menor hija las mesadas pensionales hasta el momento en que esta cumplió 18 años de edad en el año 2018.

Conviene señalar que en la investigación administrativa adelantada por la AFP Protección S.A. fue entrevistada **María Olga Prieto Sánchez**, madre de la demandante, quien manifestó que su hija y el causante vivieron en su casa desde que contrajeron matrimonio en el año 1999 hasta que se separaron porque al parecer su hija había conseguido otra pareja en noviembre de 2008. También se entrevistó a **Elizabeth Hernández Artunduaga** madre del causante quien refirió *“ellos se casaron como en 1999. Tuvieron muchos problemas como a los 4 años de casados, luego tuvieron inconvenientes y se separaron como en diciembre de 2007”*. Igualmente, fue entrevistado el hermano del causante el que también compareció como testigo al proceso y adujo que la pareja se casó como en el año 1999 y que su hermano se devolvió a la casa materna a vivir con ellos en el año 2007 (f.º 87 y 88 expediente digital).

Ahora bien, del análisis en conjunto de los medios probatorios allegados, se concluye que la accionante no vivía con el causante para el 24 de agosto de 2012, cuando se produjo su deceso, dado que confesó que se habían separado desde el año 2008. No obstante, se logró acreditar que convivió con él, al menos desde que contrajeron matrimonio -23 de marzo

De conformidad con el inciso 3º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS y el 3% restante se reservará para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, la que ocupa un 1.71% que se hace exigible en el evento en que el dinero existente en la cuenta individual no sea suficiente para financiar las prestaciones asociadas a estos riesgos.

En paralelo, el artículo 77 de la citada Ley de seguridad social, establece que la pensión de sobrevivientes originada por la muerte del afiliado, *“se financiará con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora”*. Es decir, que la *“suma adicional”* conforme al esquema de seguridad social previsto en el RAIS, únicamente se activará en aquellos eventos en que el capital existente en la cuenta individual resulte insuficiente, por lo que la aseguradora previsional no tendrá obligación legal de concurrir con el pago de una mesada pensional desde el surgimiento o causación del derecho, como parece entenderlo el juzgado de conocimiento.

En el presente caso, se advierte que conformidad con la comunicación de 6 de junio de 2013, Seguros Bolívar S.A. informó a la AFP Protección S.A, que en virtud de la póliza 6000000001401 realizaría el pago de la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivencia causada con ocasión del fallecimiento del Francisco David Artunduaga (f.º 112 y 113 del expediente administrativo). En consecuencia, la Compañía de Seguros Bolívar S.A. sólo puede ser condenada en virtud del seguro previsional contratado mediante el pago a la administradora de pensiones Protección S.A., la suma adicional que haga falta para sufragar de forma

vitalicia la pensión de sobrevivientes a la cónyuge del causante, que se reconoce en virtud del presente proceso, pues en el 2013, cuando calculó el dinero que debía girar, apenas consideró como beneficiaria a la hija.

Bajo estos presupuestos, la sentencia de primera instancia debe ser modificada, dado que la aseguradora no está llamada a pagar las mesadas pensionales.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 21 de julio de 2020, únicamente en lo que se refiere a los pagos ordenados a cargo de la Compañía de Seguros Bolívar S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de CONDENAR a la Compañía de Seguros Bolívar S.A. a girar el valor de la suma adicional que corresponda para financiar la pensión de sobrevivientes vitalicia a la señora Gisella Angélica Gantiva en calidad de cónyuge supérstite del señor Francisco David Artunduaga, en virtud del seguro previsional contratado.

TERCERO: Sin COSTAS en la apelación, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 34. 2017-00469-01

Salvamento parcial

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



SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DEMANDANTE: GISELLA ANGELICA GANTIVA PRIETO

DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN 11001 31 05 034 2017 00469 01

MAGISTRADA PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Se confirma la sentencia de primera instancia respecto del pago del retroactivo a favor de la demandante, decisión respecto de la cual se presenta salvamento de voto en la medida en que si bien el mismo se reconoce desde el momento de la causación del derecho no se puede desconocer en este evento que la menor que fue beneficiaria en su momento del cien por ciento de la pensión de sobrevivientes es la hija de la demandante a quien la representó ante la entidad demandada.

Ya la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – ha indicado que el pago realizado a favor del hijo libera el pago del retroactivo a favor del progenitor cuando la totalidad de la pensión ingresó a ese núcleo familiar, como sucede en el presente caso, que se deduce de los hechos de la demanda, cuando la actora señala que se presentó a reclamar ante la entidad en nombre propio y en representación de la hija Danna Julieth Artunduaga Gantiva la pensión de sobrevivientes.

Lo anterior, se puede constatar en la sentencia SL1171-2021 de 24 de marzo de 2021, radicación 71479 en la que se expuso lo siguiente:

“Al resolver una controversia similar a la que ahora se plantea, esta corporación consideró que el pago efectuado en favor de un menor de edad, y el cual es administrado por su representante legal, produce efectos liberatorios cuando, a la postre, aquel viene a ser declarado beneficiario de la prestación. Lo anterior, derivado de la imposibilidad de imponer un doble pago, de la buena fe de la entidad, y de la disposición de esos recursos por cuenta del mismo beneficiario.

Al efecto, en CSJ SL4604-2019, esta corporación así lo explicó:

En tal sentido, le corresponde a la Corte determinar si el pago que la administradora de pensiones realizó de la pensión de sobrevivientes a favor de la menor, tiene efecto liberatorio frente al derecho de la hoy demandante.

Sobre el particular vale resaltar que Porvenir S.A. canceló a la menor hija de la actora -también beneficiaria de la prestación- la totalidad del crédito a su

cargo; esto es, en un 100%, proceder que por considerarse válido, produce efectos liberatorios de la obligación de la administradora respecto de cada una de las mesadas canceladas; en consecuencia, mal podía ordenarse el reconocimiento del 50% a favor de la accionante a partir de la fecha de la expedición de la sentencia, pues con ello se desconocerían dos circunstancias: (i) que contra tal decisión procedían los recursos de ley y (ii) si el pago del porcentaje en disputa -50%- se suspendió o no.

En un asunto de similares contornos, en sentencia CSJ SL4627-2016, esta Sala señaló:

En consecuencia, como de los medios de prueba aportados por disposición del fallo de la Corte de 17 de abril de 2013 atrás relacionados emerge indubitable que la pensión de jubilación reconocida (...) a partir del 1º de diciembre de 1973 en valor inicial de \$14.751,38, y pagada hasta la fecha de su muerte (15 de agosto de 1983) en suma de \$24.380,73 (folio 74), fue sustituida a los hijos del mismo (...), hasta el 31 de enero de 2007, con un valor para esta última fecha de \$1'039.989,10 (folios 71 a 76 cuaderno de la Corte), cuando quiera que debió distribuirse en partes iguales entre aquéllos y (...) quien fuera su compañera permanente supérstite, conforme a lo dispuesto por los artículos 1º de la Ley 12 de 1975 y 1º y 3º de la Ley 33 del mismo año, se impone decir que esta última tiene derecho a que le sea reconocida desde el mismo 16 de agosto de 1983, pero pagada desde el 1º de febrero de 2007, habida consideración de no poder generarse un doble pago de la prestación por parte del Fondo demandado, pues, durante el reconocimiento a los menores del 100% de su valor, (...) la administró en su calidad de representante legal (folios 71 a 76 del cuaderno de la Corte).

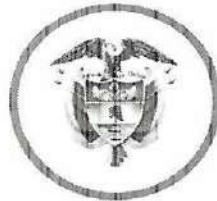
De lo anterior, se advierte que no resulta dable generar un doble pago de la prestación por parte del fondo demandado, teniendo en cuenta que durante el reconocimiento -de buena fe- del 100% de su valor a la menor hija del causante, la demandante la administró en su calidad de representante legal. (Subraya la Sala).

En consecuencia, se impondrá la condena señalada en favor de la actora, solamente en relación con las mesadas que en lo sucesivo se causen, precisando que: i) la proporción del 50% que sobre el valor de la mesada se reconoce a la demandante, es susceptible de acrecimiento posterior, en el evento de cumplimiento de mayoría de edad del hijo Juan Sebastián Oliveros, o en caso de que éste completara 25 años de edad, si para esa data estuviese incapacitado para trabajar por razón de sus estudios, en los precisos términos que define el artículo 47 de la Ley 100 de 1993; y ii) que en todo caso, se reitera, la mesada reconocida en favor de la actora ostenta un carácter vitalicio.”

Si bien no se desconoce el contenido del artículo 5 de la Ley 1204 de 2008, respecto de la compensación del retroactivo pensional cuando surge un nuevo beneficiario, es de anotar que en el presente caso la pensión fue pagada en su totalidad al mismo

hogar del que hacen parte la demandante y la hija menor del afiliado fallecido, por lo que lo pagado a la menor y administrado por la madre tiene carácter liberatorio; sin que sea menester disponer a cargo de la hija una deuda futura sobre pagos ya administrados por la madre.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 31 2019 00291 02
DEMANDANTE: VICTORIA CHAUTA DÍAZ
DEMANDADO: ADRIANA MARCELA ÁLVAREZ STEUR

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que existió un contrato desde el 1° de junio de 2004 hasta el 24 de septiembre de 2016 cuando finalizó por causas imputables a la empleadora. En consecuencia, sea condenada a pagarle salarios, prestaciones sociales, vacaciones, trabajo realizado en horas extras, dotaciones, indemnización por despido injustificado, sanción moratoria, pensión sanción. Asimismo, a pagar los demás derechos que haya lugar a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1° de julio de 2004 se vinculó mediante contrato de trabajo verbal con la demandada para desempeñarse como empleada del servicio doméstico interna, con asignación salarial equivalente al mínimo legal vigente. Adujo que entre sus funciones estaban las de atender el aseo y mantenimiento de la

vivienda, la preparación de alimentos de los la accionante y su familia, el cuidado desde que nació de la hija de la demandante que implicó cuando esta era bebé incluso dormir en su cuarto y alimentarla en las noches, también debía atender todo lo relacionado con las mascotas que eran cuatro perros, dos gatos, dos pájaros y un hámster, todo esto de domingo a domingo, hasta las 9:00 p.m., su jornada de trabajo iniciaba de lunes a viernes a las 4:00 a.m. y los sábados y domingos a las 6:00 a.m., este último día en el que podía ir a la iglesia de 9:00 a.m. a 1:00 p.m. hasta las 9:00 p.m., los sábados desde las 6:00 a.m..

Refirió que la demandada en el año 2005 la afilió al sistema de salud y regularmente le realizó pagos y le informó que su salario consistiría en la vivienda para ella y para su hijo menor de edad, en el pago de la ruta para este, el alimento y los implementos de aseo para los dos, lo que equivalía al salario mínimo. Manifestó que a lo largo de la relación laboral no le fueron pagadas prestaciones sociales, tampoco le fueron cancelados aportes a seguridad social en pensiones y riesgos laborales.

Indicó que luego de 12 años, el 24 de septiembre de 2016, la demandada puso fin al vínculo de forma unilateral e injusta. Aprovechándose de la discapacidad visual que padece, la demandada le hizo firmar documentos según los cuales abandona la casa de forma voluntaria, pero lo que en realidad sucedió es que de manera abrupta la sacó de la vivienda. Expuso que en el año 2005 padeció cáncer de mama, debido a que le practicaron procedimientos médicos y quirúrgicos le prescribieron un mes de incapacidad, en el cual la demandada le exigió conseguir quien la remplazara en sus funciones, so pena de despedirla inmediatamente, por lo que debió acudir a su sobrina Andrea Chauta Díaz (f.º 3 a 11).

Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente que no canceló aportes a riesgos laborales y pensiones en favor de la accionante. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa,

propuso las excepciones previas de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales – carencia de poder y la de prescripción (f.º 49 a 58).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de agosto de 2020 declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 1º de junio de 2004 hasta el 24 de septiembre de 2016. Condenó a la demandada a reconocer una suma de dinero por concepto de salarios, prestaciones sociales y vacaciones. Igualmente, a pagar el cálculo actuarial por concepto de aportes en pensiones en el tiempo en que estuvo vigente el contrato, liquidado con base en el salario mínimo legal mensual. Condenó en costas a la parte demandada y la absolvió de las demás pretensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que con el dicho de los testigos que no fueron tachados de sospechosos, la parte demandante logró demostrar la prestación personal del servicio y la demandada no pudo desvirtuar que la misma se haya dado en virtud de una relación diferente al contrato de trabajo. De otro lado, advirtió que la accionante no logró demostrar que fue despedida, por lo tanto, no hay lugar a reconocer indemnización alguna por este concepto.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, en primer lugar, solicita al Tribunal practicar los testimonios que fueron decretados en primera instancia.

Además, suplica que la sentencia debe ser revocada, pues entre las partes no existió contrato de trabajo, prueba de ello es que nunca hubo pago de salario, porque tal como aceptó la demandante la accionada le ayudaba con el pago del colegio de su hijo, la ruta escolar, con los libros y todo lo demás. Sostuvo que la testigo María Leida Román no manifestó que si quiera en alguna oportunidad hubiera presenciado el pago de salario.

Argumentó que la sobrina de la demandante quien compareció como testigo, señaló que vino a colaborar en la casa cuando su tía estuvo enferma, incapacitada, de ello, se colige que la accionante no era empleada, porque de haberlo sido hubiera pasado este periodo en su propia casa. Alegó que el testigo “Daniel” es una persona que padeció un problema psiquiátrico el día en que la demandante debió apartarse de la casa y en el que incluso el pastor de la iglesia tuvo que mediar para tratar de resolver el problema que se presentó. Además, indicó que lo único que hizo fue ofrecerle esta persona colaboración para que tuviera un buen colegio, ruta, alimentación que ahora le permite estar en la universidad, es decir, que lo que existió no fue un contrato de trabajo sino una amistad de ayuda mutua, en la que además la promotora pudo disfrutar de viajes, paseos y restaurantes. Sostuvo que la Jueza condenó al pago de total del salario mínimo y debió tomar en consideración el salario en especie.

Arguyó que en la demanda se solicita el pago de la pensión sanción, no del cálculo actuarial por lo que no es procedente ni siquiera en uso de las facultades extra *petita* condenar al pago de cálculo actuarial.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación. Por lo que corresponde determinar si la prestación personal ejecutada por la actora en favor de la señora Adriana Marcela Álvarez Steur, son propias de un cargo de empleada del servicio doméstico a partir del 1º de junio de 2004 al 24 de septiembre de 2016, por consiguiente, si tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales.

1. Particularidades del trabajo doméstico

Diferentes análisis efectuados¹ sobre al trabajo doméstico, exhiben las condiciones de vulnerabilidad y de desprotección laboral de quienes se desempeñan en ese servicio. También dichos estudios permiten afirmar que el trabajo doméstico es realizado fundamentalmente por mujeres, de escasos recursos económicos, con baja instrucción académica y en condiciones precarias de protección social. Sus vinculaciones son en un alto porcentaje verbales y aun cuando el desempleo no es alto, si lo es la ausencia de cobertura del sistema general de seguridad social como trabajadoras dependientes.

Así lo visualiza la H. Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2019, que frente al trabajo doméstico argumentó que:

Ese giro en el debate y análisis de este tipo de controversias han venido a impeler la protección en el trabajo de quienes prestan el servicio doméstico, esto dadas sus connotaciones que siguen siendo inequitativas y que se explican en el reciente Informe de Trabajo Doméstico^[37] según el cual: “El trabajo en el servicio doméstico ha sido construido socialmente como una labor femenina con las discriminaciones conexas al género, la etnia y las condiciones socioeconómicas precarias ... existe una deuda histórica en los pisos mínimos de seguridad social, formalización, prestaciones sociales y, sobre todo, en condiciones de dignidad humana por su exposición a situaciones de maltrato, violencia y discriminación en el lugar de trabajo”^[38]. Por ello los datos estadísticos allí estudiados permiten caracterizar el trabajo doméstico en Colombia para, de ese modo, entender la dinámica en la que se lleva a cabo, y de esa manera determinar las vías de protección necesarias.

5.8. El reseñado Informe, en el que se analizó la Gran Encuesta Integrada de los Hogares de 2017 del DANE, da cuenta que se trata de una labor feminizada, con escasa protección social. De las 680.566 personas dedicadas a este trabajo, el 98% son mujeres, esto es el 3% de la población ocupada, de ellas, el 56% es mayor de 40 años y el 8,4% cuentan más de 60 años de edad. En las zonas rurales 3.888 niños y niñas son trabajadores domésticos, lo que equivale al 3,3%. De la totalidad de quienes prestan el trabajo doméstico el 4,5% nunca ha asistido a la Escuela, el 38% tiene educación básica primaria, el 20,2% secundaria y el 29,9% educación media. El 61% devenga menos del salario mínimo, el 77% recibe alimentación como

1 Según el documento Políticas de formalización del trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe para el año 2016 se concentraba el 37% del trabajo doméstico en el mundo, esto es alrededor de 18 millones de personas, de las cuales el 93% eran mujeres, un 77,5% se encontraba en la informalidad, es decir 8 de cada 10 tenía un trabajo informal, el 63% no había completado ningún nivel educativo o escasamente la básica primaria. Puede consultarse en el documento http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_480352.pdf.

salario en especie y el 99% no recibe el pago de horas extras. Solo el 39% cotiza al régimen contributivo de salud y el 18% a pensiones. Por eso no es desacertado que, de acuerdo con los resultados de dicha Encuesta el 90% de quienes prestan servicios domésticos habiten en estratos bajos, que su trabajo se caracterice como precario y que por esto mismo les impida la movilidad social.

5.9. Lo incomprensible es que, aunque la tasa de desempleo de quienes se desempeñan en el trabajo doméstico es baja, solo el 5,5%, sus niveles de protección en el empleo son escasos, por la alta informalidad de su contratación. En el señalado Informe la informalidad y, de contera, la ausencia de cobertura en la protección social, se justifica en que “el contrato verbal es la forma que prevalece en la relación laboral con un 88,6%. El contrato escrito aumentó en términos mínimos (1.6%) pasando del 9,8% a 11,3% ... el 76,6% es contrato a término indefinido y el 22,9% a término fijo. Pero en la lógica del contrato verbal esto se debe a la indecisión por parte del empleador de hasta cuando requerirá del servicio prestado, más allá de que haya acuerdo de generar una relación contractual de estabilidad prolongada”.

Ahora, con el fin de materializar un trabajo decente para los trabajadores domésticos, encontramos el Convenio 189 OIT, el cual según la H. Corte Constitucional (sentencia C-616 de 2013) integra el bloque de constitucionalidad, pues se ocupa de derechos humanos laborales. Así quedó explicado en la reseñada decisión al revisar la constitucionalidad de la Ley 1595 del 21 de diciembre de 2012, *“por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (Número 189)”, adoptado en Ginebra, Confederación Suiza, en la 100a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el 16 de junio de 2011.”*

Frente al particular, se destacan los artículos 5º y ss del Convenio referente a que todo Estado miembro deberá adoptar las medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia. Que al igual que los demás trabajadores gocen de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente y si residen en el hogar en el que trabajan, disfruten de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad. Asimismo, se debe asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, de preferencia, mediante contratos escritos.

2. Del contrato realidad

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: i) la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; ii) la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y iii) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que **una vez demostrada la prestación personal** del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado pruebe la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

3. Caso concreto

Al amparo de las anteriores reflexiones la Sala pasa a determinar si en el asunto puesto a su consideración en realidad se configuró una relación laboral y no la supuesta colaboración derivada de lazos de amistad que pregonaba la demandada.

Para demostrar la prestación personal del servicio la demandante aportó cuenta de cobro presentada el 29 de diciembre de 2005, por Germán Montaña Moreno por concepto de *“SERVICIOS POR ASESORÍA EN SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, E INSCRIPCIÓN DE LA SEÑORA, VICTORIA CHAUTA, COMO TRABAJADOR INDEPENDIENTE A LA EPS FAMISANAR”* (f.º 12). Allegó formulario de afiliación a la EPS Famisanar como independiente de diciembre de 2005, formato de presunción de ingresos (f.º 13 y 14) y comprobantes de pago de aportes a salud (f.º 15 a 28). Comunicación adiada del 23 de septiembre de 2016 suscrita por la promotora en la que se puede leer *“Hoy viernes 23 de septiembre decidí irme y sacar la totalidad de mis cosas de la casa de Adriana Marcela Álvarez Steur ubicada en la calle 137 # 57 - 17, por voluntad propia”*. Asimismo, allegó escrito de la misma fecha suscrito por las partes en la que la demandada dejó consignado *“Acuso de revivo su comunicación en donde me informa que se va con su hijo de mi casa de manera voluntaria y sacarán sus cosas. Si esa es su decisión no puedo oponerme a ella”* (f.º 29 y 30).

De otro lado, la parte demandante solicitó decretar y practicar los testimonios de Gladys Fuentes Avendaño, María Aleyda Román, Andrea Castro Chauta y Daniel Cortés Chauta. Sin embargo, el juzgado limitó la práctica a los últimos tres. María Aleyda Román dijo que conoció a la demandante en el año 2006 en una iglesia cristiana, que siempre vio a la demandante como empleada de la casa, aseguró que aproximadamente 5 años después de conocerla iba a la casa porque le arreglaba la ropa a ella y a *“la señora Adriana”*, por esa razón, entraba a la casa y en ocasiones tenía que esperar hasta las 7:00 u 8:00 p.m. y se daba cuenta de las actividades que tenía a cargo la accionante y vio como le ordenaba la señora Adriana que sirviera la cena o atendiera a su hija. Aseguró que la

demandante fue despedida el 28 de septiembre de 2016, pues ese día la llamó angustiada.

La deponente Andrea Castro Chauta, sobrina de la demandante, refirió que cuando su sufrió cáncer de mama en el año 2005, fue a remplazarla en sus labores durante 3 o 4 meses, en el oficio de la casa, cocinar y cuidar a Laura Catalina hija de la “*señora Adriana*” pero no le pagaron. Dijo que visitaba la casa al menos 5 veces al año y presenciaba como su tía preparaba los alimentos, se encargaba del cuidado de la hija de la demandante y su esposo, los acompañaba a hacer mercado y tenía que sacar los perros que tenía la familia, precisó que no tenía días de descanso, y sólo salía el domingo a culto. Además, dijo no saber cuánto tiempo prestó servicios su tía, pero aseguró que la tía Ignacia y el papá de Daniel eran quienes le enviaban dinero. Aseguró que Adriana “*era muy buena gente*” los trataba con respeto.

Por su parte, el testigo Daniel Cortés Chauta hijo de la demandante dijo que la demandada era la “*patrona*” de su señora madre quien era la empleada del servicio doméstico, ella barria, trapeaba, limpiaba la casa en general, el jardín y el patio, preparaba los alimentos cuidaba de la niña Laura y la alistaba para que fuera al colegio y la recogía de la ruta, además tenía a cargo el cuidado de los animales de la casa. Aseguró que presencié cómo le fueron impartidas órdenes a su progenitora y relató que, en ocasiones, él mismo, contestó el teléfono y la demandada le decía que le indicará a su madre que no olvidara realizar ciertas labores. Refirió que viajaban a la finca que la demandada tenía en Restrepo – Meta, pero allí la accionante debía ocuparse de todo el servicio y además atender a los invitados. Señaló que cuando hacían otro tipo de viajes su madre acompañaba a la familia con el fin de cuidar a Laura. Dijo que el servicio inicialmente se prestó en un apartamento en la calle 167 y transcurrido año y medio o dos años se trasladaron a la casa donde vivieron como 10 años hasta que el 24 de septiembre de 2016, su mamá le dijo que la demandada la había echado y se tenían que ir.

La demandada por su parte allegó postal dirigida a “*Mami, Dani y Vicky*” (f.º59), comunicaciones suscritas por la demandante dirigidas al Liceo La Sabana adiadas del 31 de julio de 2007, 14 de julio de 2008, 14 de julio de 2009 en las que autorizaba al colegio entregar información acerca de su hijo Daniel Cortés Chauta a la demandada y no a su padre (f.º60, 62 a 64). Aportó comunicación de 22 de agosto de 2008, en la que solicita a la empresa de transportes Ledertrans no recoger a su hijo porque tenía un viaje entre el 25 y el 29 de agosto de la misma anualidad (f.º 61). Asimismo, escrito del 1 de diciembre de 2005 dirigido a la EPS Famisanar en el que la demandante solicita la inscripción como independiente e informa que se desempeña cuidando niños, no obstante, este documento no está suscrito (f.º 65).

A solicitud de la parte demandada la accionante absolvió interrogatorio de parte, en el que aseguró que la encartada era su “*patrona*”, a quien le prestó servicios como interna en su casa desde junio de 2004 hasta el 24 de septiembre de 2016, se levantaba a las 4:00 a preparar los alimentos para que la demandada y su esposo llevaran a la oficina, también tuvo a cargo el cuidado de la hija de la pareja desde que era bebe. Al ser cuestionada por la remuneración percibida dijo que la demandada le dijo que le iba a pagar asumiendo el costo de la ruta del colegio, los libros y la ropa de su hijo y le dijo que eso cubría el salario mínimo, pero precisó que nunca le dio un sueldo. Aseguró que los domingos iba a la iglesia con su hijo y que el diezmo lo cubría con dinero que una hermana le giraba desde España, pues no contaba con dinero para salir con su hijo a coger un bus o comer algo.

Por petición de la parte demandada fueron decretados los testimonios de José Efraín Vaquero Moyano, Carmen Myriam Barbosa de Vaquero y Constanza Isabel Álvarez. No obstante, no fueron practicados como quiera que no comparecieron en la fecha y hora fijada por el juzgado y pese a que en la apelación se solicita su práctica en segunda instancia, ello no es procedente, al no darse los presupuestos del inciso 2º del artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues los

testimonios decretados en favor de la parte demandada no se practicaron al no haberse presentado a la audiencia correspondiente sin excusa.

Ahora bien, al contestar el escrito genitor, en el acápite de hechos, razones y fundamentos de la defensa confesó: *“Victoria Chauta llegó a la casa de la demandante siendo madre soltera con su hijo de 6 años” “La demandante ofreció su ayuda a cambio de ayuda para su traslado a Bogotá para el estudio del niño Daniel Cortés Chauta” “La demanda pagó la ruta de Daniel (hijo de la demandante) ya que la plata que le pasaba su expareja no alcanzaba” “La parte demandada los mantuvo con alimentación, los implementos de aseo, ropa, útiles escolares, servicios públicos, paseos entre otros” “La demandante nunca recibió órdenes e indicaciones, era su propia voluntad y a discreción de lo que podía y quería hacer” “La demandante si quería realizar algo en la casa lo hacía por su voluntad no por imposición u orden” “Si elaboraba los alimentos (que la demandada suministraba) era para la demandada, su hija, la demandante y su hijo” “Ella bañaba a los animales y muchas veces lo hicieron conjuntamente con la demandada”*

Así las cosas, analizados en conjunto los medios probatorios arrojados al proceso, resulta claro para la Sala que la promotora del juicio logró demostrar la prestación personal del servicio, pues al contestar la demanda aceptó tal hecho y aunque manifestó que se trató de una relación de amistad y ayuda mutua, ello quedó desvirtuado con el dicho de los testigos que no fueron tachados y quienes manifestaron que la accionante realmente se desempeñó como empleada doméstica interna al servicio de la demandada, la que en retribución se ocupaba de asumir los gastos de alimentación de ella y su hijo, a quien además le pagaba la ruta escolar, los útiles y la ropa. Aunque la demandada señaló que la demandante y su hijo salían con ella de paseo y ella asumía todos los gastos, lo que se demostró con el dicho de Daniel Cortés Chauta es que el desplazamiento se realizaba para que su madre prestara los servicios y atendiera a los invitados.

No puede pasar desapercibido, que en el presente asunto quedó demostrado que la demandante llegó a trabajar al servicio de la

demandada proveniente de un municipio pequeño, acompañada de su hijo que para entonces contaba con 6 años de edad, quien en busca del sostenimiento de los dos y la formación escolar de su hijo se sometió a las condiciones de trabajo que le fueron impuestas por la demandada, que conforme a los medios prueba arrojados, no le permitían si quiera disfrutar de un día completo de descanso o de la posibilidad de comprar algo para sí o para su hijo fruto de su trabajo, al no disponer de dinero proveniente de su salario, pese a prestó servicios por más de 12 años, tal como fue aceptado incluso en el recurso, quien afirma que jamás le fue reconocida suma de dinero alguna como contraprestación. Circunstancias que transgreden no solo los derechos mínimos laborales, sino la dignidad humana, al trascender una clara disposición sobre la persona y no sólo sobre su trabajo.

Para el Tribunal no es de recibo que la demandada desconozca derechos humanos laborales de la actora, bajo una supuesta relación de cercanía que se produjo en el hogar y al cuidado que la demandante le dio a la menor hija de la accionada, incluso desde su nacimiento y que demandó más tiempo y esfuerzo. O el hecho que la demandada haya provisto a la promotora del juicio y a su hijo el techo y los alimentos. Por el contrario, esas conductas lejos están de ser un gesto nobleza y lo que verifican es una prestación de servicios subordinadas que conllevan el pago de salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales correspondientes.

Bajo este panorama, resulta acertada la conclusión a la que llegó la jueza de primera instancia, al declarar la existencia de un contrato de trabajo. Resulta importante señalar que la Sala se releva del estudio de los extremos, dado que este tópico no fue objeto de la apelación.

4. Del salario.

Dispone el artículo 129 del Código Sustantivo de Trabajo que:

“ARTICULO 129. SALARIO EN ESPECIE. modificado por el artículo 16 de la Ley 50 de 1990. Es el siguiente:

1. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 <128> de esta ley.

2. El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario.

3. No obstante, cuando un trabajador devengue el salario mínimo legal, el valor por el concepto de salario en especie no podrá exceder del treinta por ciento (30%).

En el presente asunto, las partes no estipularon el porcentaje en que la prestación del servicio sería retribuida en especie, tampoco fue determinada a través de dictamen pericial, ni fueron aportados elementos probatorios con los cuales pueda determinarse el valor de la vivienda y la alimentación que disfrutó la trabajadora, lo cual no es dable a la Sala suponer o hacer cálculos acomodaticios, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia en este punto.

5. Del cálculo actuarial

Al pago del cálculo actuarial concurren aquellos empleadores que omitieron notificar a la administradora de pensiones la existencia del vínculo laboral en un periodo determinado. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14388-2015, puntualizó que:

(...)

*Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adocctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, **con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.**”*

En esa perspectiva, el cálculo actuarial se ha considerado «un mecanismo de financiación de las pensiones ideado por la Ley 100 de 1993, para prestaciones causadas durante su vigencia (CSJ SL14388-2015) sin

importar si los tiempos a convalidar se prestaron antes o después de su expedición» (CSJ SL5539-2019). Por tal motivo, las entidades de seguridad social a efectos de reconocer pensiones, incluso en aplicación del régimen de transición, pueden tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018).

Así las cosas, como quiera que la demandada al contestar confesó que no canceló aportes en pensiones en favor de la trabajadora y se estableció la existencia del vínculo laboral, si está llamada a responder por el cálculo actuarial, tal como acertadamente concluyó el *a quo*.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia apelada.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de agosto de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 31-2019-00291-02.



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00732 01.
DEMANDANTE: HAROLD HERRERA CHAVES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 142, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 146 a 156).

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta estudia la Sala la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual. En consecuencia, condenar a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos, sin ningún descuento por gastos de administración o cualquier otro concepto. Igualmente, disponga a

Colpensiones activar su afiliación sin solución de continuidad desde el 1º de septiembre de 1979 y a actualizar la historia laboral. Asimismo, se ordene a las demandadas reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de abril de 1951 y cotizó 758.71 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde el 7 de octubre de 1974. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad y se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos el 24 de diciembre de 2.000, cuando contaba con 59 años cumplidos y le faltaban apenas 242 semanas para acceder a la pensión en prima media. Adujo que el asesor de Colfondos S.A. no le suministró información clara, suficiente, adecuada, cierta, completa y comprensible de las implicaciones de cambiar de régimen, no le realizó una proyección pensional.

Refirió que la AFP le informó que a los 68 años tendría derecho a una pensión de \$1.270.000, entre tanto, en Colpensiones la prestación sería de \$1.840.000. Finalmente, dijo que reclamó administrativamente el 21 de noviembre de 2014(f.º 77 a 84).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, y la reclamación administrativa presentada. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, y las demás declarables de oficio (f.º 96 a 101).

Al contestar la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Colfondos S.A.** se allanó a las pretensiones de la demanda (f.º102).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Colfondos S.A. suscrita el 3 de noviembre de 2000, efectiva a partir del 1º de enero de 2001. Asimismo, que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y que siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a Colfondos transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual concedió un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros, y a actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer costas (f.º 115 a 116).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de informar al demandante las características propias de cada régimen pensional, las ventajas y desventajas de su decisión por lo que siguen la línea jurisprudencial sentada por la H. Corte Suprema de Justicia es procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

Las partes no presentaron recurso de apelación.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del*

sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto

Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adiciona la decisión en este punto, pues si bien se indicó que no podría hacerse ningún descuento, no se ordenó de manera específica la devolución de gastos de administración.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas y surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de indicar que la AFP Colfondos además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

relaciones de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HAROLD HERRERA CHAVEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 29 2019 00732 01

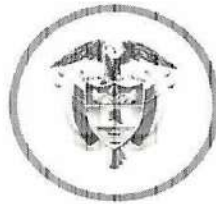
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2019 00599 01.
DEMANDANTE: MARTHA CATALINA DEL ROCIO MOLINA RAMÍREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Estudia la Sala en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de septiembre de 2020.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 C. Pol.), por carecer de una “congruencia interna” que según la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia “(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”. (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, para con ello, así poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

Igualmente, la misma Corporación constitucional ha puntualizado que “Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia.” (sentencia T-214- 2012).

Paralelamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021, al referirse a la congruencia interna de las sentencias, advirtió que esta “(...) exige armonía

y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con la AFP Colfondos y cualquier traslado posterior entre administradoras del RAIS, ante omisión al deber de información. En consecuencia, condenar a trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos y los intereses de la cuenta individual y a esta entidad a activar la afiliación, recibir las cotizaciones y actualizar la historia laboral. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

Subsidiariamente, declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS y la falta de validez jurídica de todas las afiliaciones posteriores, así como que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media. Condenar a la AFP Colfondos a registrar en el sistema de información que la afiliación estuvo viciada por error de hecho. Por tanto, condenar a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del saldo en cuenta individual, a esta a recibir los dineros, activar la afiliación y actualizar la historia laboral.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de agosto de 1962 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 3 de febrero de 1984, en la que cotizó 137 semanas. Luego, el 23 de agosto de 1994 se afilió al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. Adujo que el asesor comercial de la AFP no le informó que podía retractarse de su decisión o regresar a prima media en un periodo determinado, tampoco le explicó las características, ventajas, desventajas y diferencias de cada régimen pensional, no le realizó un comparativo de los escenarios en que alcanzaría la pensión.

Manifestó que, por su cuenta, contrató una asesoría en la que le realizaron proyección pensional según la cual en el fondo privado la mesada será de \$828.116, en tanto que, en Colpensiones ascendería a \$2.954.327. Finalmente, expuso que el 18 de marzo de 2019 solicitó a Colpensiones activar su afiliación (f.º 1 a 41).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió las fechas de nacimiento de la accionante, de afiliación al Seguro Social y a ahorro individual, también la reclamación administrativa elevada. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de derecho para regresar al régimen de prima media, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 138 a 144).

Al contestar, **Colfondos S.A.** se allanó a las pretensiones de la demanda (f.º 135).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de septiembre de 2020, declaró la ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual a partir de febrero de 1996. Condenó a Colfondos a transferir la totalidad de los aportes de la demandante junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descuento por concepto de cuotas de administración. Dispuso a Colpensiones a recibir el traslado y tener en cuenta para todos los efectos pensionales los aportes realizados. Declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de imponer costas (f.º 149).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Protección no demostró haber brindado información oportuna, veraz,

necesaria y eficaz a la demandante para que tomara una decisión debidamente informada.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado por la accionante.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información

necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los*

parámetros de libertad informada” la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 11 de agosto de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 137,14 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 43 y 60). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 22 de febrero de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 88).

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como

quiera que lo que se expone allí, es que el fondo no dio a conocer si quiera las características, ventajas y desventajas de cada régimen, lo que no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, se mantendrá la sentencia analizada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

De igual forma, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el

valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VI.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 28 de septiembre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 26 2019 00599 01

acelaciones de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA CATALINA DEL ROCIO MOLINA RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 026 2019 00599 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 31 de mayo de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

Ahora es de aclarar que la ponencia presentada, con decisión idéntica a la que contiene la presente sentencia, contrario a lo expuesto en la sentencia que se emite, cumplía con el principio de congruencia en sus dos acepciones: interna y externa.

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte resolutive tenía como parte motiva las sentencias de tutela mencionadas en el primer párrafo, al punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; lo cual constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia.

De tal manera que lo señalado en la sentencia como advertencia, esto es, que el conocimiento pasó al actual magistrado ponente por la falta de congruencia en la ponencia, lo que demuestra es que la mayoría de la sala salvo el voto frente a las argumentaciones de la ponencia que sustentaban la decisión y no frente a la decisión, lo cual de conformidad a la práctica judicial colombiana daba lugar a una aclaración de voto y no a un salvamento de voto.

La Corte Constitucional en auto 293-2016 de 13 de julio de 2016 expuso sobre las diferencias entre aclaración y salvamento de voto lo siguiente:

“Esta Corporación ha resaltado las diferencias existentes entre ambas actuaciones, señalando que mientras en un salvamento de voto el magistrado expresa su disconformidad con la decisión, en una aclaración la comparte pero desea expresar una posición particular sobre alguno de los temas planteados en la providencia:

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquélla, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

La diferencia entre las dos figuras genera consecuencias diferentes, la aclaración de voto da lugar a que la ponencia obtenga los votos necesarios para convertirse en decisión de la sala y se emita en la fecha correspondiente; y el salvamento de voto genera un cambio de ponente que da lugar a trámites administrativos y la postergación de la decisión final por parte de los magistrados que conforman la mayoría.

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 31 de mayo de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 29 de abril de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 29 de abril de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

¹ En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).

² Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada