



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIELA SANCHEZ AGUIRRE contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-028-2019-00452-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados por las partes, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

PROVIDENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS)

ANTECEDENTES

La señora MARIELA SANCHEZ AGUIRRE promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS efectuado el 01 de noviembre de 1998; que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES con las condiciones que tenía al momento del traslado de régimen; que se ordene el traslado al RPMPD de la totalidad de los aportes realizados en el RAIS efectuados desde noviembre de 1998, incluyendo rendimientos y gastos de administración; que se ordene a COLPENSIONES a actualizar su historia laboral desde 1998; que se condene en costas procesales a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició sus aportes a pensión en el RPMPD en cabeza del Instituto de Seguros Sociales- ISS el 12 de marzo de 1983 hasta el 01 de noviembre de 1998, fecha para la cual se trasladó al

RAIS en la AFP PORVENIR, luego de que un funcionario de dicha AFP le manifestó que en el RAIS podría pensionarse a cualquier edad, con el monto pensional que deseara, mientras que el ISS sería liquidado. Asimismo, expuso que la AFP PORVENIR omitió brindarle una información suficiente, completa y clara sobre las consecuencias del traslado de régimen y las implicaciones económicas que tendría sobre su pensión, así como tampoco le dio a conocer una proyección sobre el monto de su mesada pensional en cada régimen. Aunado a lo anterior, explicó que en junio de 2002 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN, entidad ante la cual solicitó una reasesoría pensional el 24 de febrero de 2009, es decir, antes de cumplir los 47 años de edad, informándole que su mesada pensional en el RAIS sería de \$1.534.934 con base en un IBL del 76.75% de los salarios sobre los cuales había cotizado hasta esa fecha, mientras que en el RPMPD su pensión sería de \$1.389.75 con base en un 69.5% del IBL. A su vez, adujo que el 07 de julio de 2016 la AFP PROTECCIÓN le indicó que su mesada pensional a los 57 años de edad correspondería a \$1.778.361 y que el 01 de febrero de 2018 al solicitar una nueva asesoría, la AFP aseguró que su mesada pensional a los 57 años de edad sería de \$1.951.424, no obstante, según el cálculo actuarial aportado, en el RPMPD su pensión sería de \$4.843.278 con base en un IBL de \$7.394.317 con un tasa de reemplazo del 65.5%. Finalmente, expresó que el 12 de abril de 2019 elevó solicitud ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN para que procedieran a anular el traslado, en el mismo sentido, el 24 de mayo de 2019 radicó solicitud de nulidad ante la AFP PROTECCIÓN, empero, las tres entidades respondieron negando la solicitud por ser improcedentes (Fls. 3 a 12).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el contradictorio se fundó en la inconformidad de la demandante con respecto a la mesada pensional que recibiría en cada régimen, no en una omisión al deber de información, lo que a su juicio, constituye una conducta que afecta, vulnera y sobrecarga el RPMPD. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 61 a 71).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la afiliación fue

válida y exenta de vicios en el consentimiento, que en señal de ello la demandante suscribió libremente el formulario de afiliación, luego de conocer la suficiente información sobre cada régimen y que es improcedente pretender la declaración de nulidad de un acto válido solo porque no cumple con las expectativas económicas de la accionante. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» e «innominada o genérica» (Fls. 89 a 106).

De otro lado, la AFP PORVENIR S.A, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que cumplió con el deber de brindar la información según la normatividad vigente para el momento del traslado de la demandante, que en todo caso solo resulta procedente la nulidad relativa, la cual fue saneada por el paso del tiempo y por el traslado horizontal efectuado por la accionante. Agregó que tampoco hay lugar a declarar la ineficacia del traslado dado que no se acreditó una acción en contra de la libertad de elección de la demandante. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 167 a 186).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 24 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante MARIELA SANCHEZ AGUIRRE al RAIS el 01 de noviembre de 1998 incluido el traslado realizado dentro del mismo régimen a la AFP PROTECCIÓN. Ordenó a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y seguros de invalidez o sobrevivencia, quien está en la obligación de activar la afiliación y efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora. CONDENÓ en costas procesales a las demandadas, COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR y fijó como agencias en derecho la suma de \$600.000 a cargo de cada una de ellas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, argumentó que es dable estudiar la ineficacia del acto jurídico del traslado, más no la nulidad por ser desproporcionado para el afiliado el imponerle la carga de probar un vicio en el consentimiento, a su vez indicó que la jurisprudencia de la CSJ SL demarcó una línea de decisión clara, entorno a que es menester que la voluntad del afiliado este precedida por un

consentimiento informado que solo surge con una asesoría completa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen teniendo en cuenta las condiciones específicas de la condición pensional de aquel. En ese orden de ideas, agregó que la carga de la prueba le corresponde a la AFP, sin embargo, la AFP PORVENIR no logró demostrar que le suministró a la demandante la información completa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, según dedujo del interrogatorio de parte rendido por la demandante y de las pruebas obrantes en el proceso. Aclaró que los formularios de re-asesoría no acreditaron que la demandante hubiera recibido la información completa y oportuna al momento de su traslado, dado que la recibió once años después del momento oportuno, esto es, antes de suscribir el formulario de afiliación y gracias a una AFP diferente a la que efectuó el cambio de régimen pensional. Añadió que los documentos aportados por la accionada PROTECCIÓN, atinentes a las políticas de asesoraría y comunicados de prensa, no probaron que la demandante hubiera recibido la asesoría completa, clara y oportuna al momento de la afiliación al RAIS. Para finalizar, adujo que el litigio no está sujeto al fenómeno de la prescripción por cuanto tiene estrecha relación con el derecho pensional de la demandante, el cual es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., apeló la decisión en forma parcial, en relación a la devolución de las cuotas de administración y seguros previsionales, dado que los gastos de administración tienen un origen legal a favor de todas las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes a cualquier régimen pensional, por su labor de administración del capital de los afiliados, que en el caso de la demandante se reflejó en rendimientos financieros de más de 162%. Agregó que esos dineros no tienen la vocación de financiar la mesada pensional y advirtió que se deben respetar las restituciones mutuas por cuanto el efecto de la ineficacia solo cubija el traslado de los aportes y los rendimientos financieros. En cuanto a los seguros previsionales, aclaró que están incluidos dentro de los gastos de administración y que esos dineros fueron trasladados a un tercero de buena fe con el fin de cubrir las contingencias de invalidez y muerte de la demandante. Por último, solicitó que se declare la prescripción sobre las cuotas de administración, toda vez que no están llamadas a financiar la pensión, en consecuencia, prescriben por el paso del tiempo.

El apoderado judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión con el fin de que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que, en el contradictorio se estudió la ineficacia y no la nulidad, no obstante, se debió observar que durante todos los años de cotización en el RAIS la demandante no realizó actos que pudieran

dilucidar su intención de no pertenecer a dicho régimen, por lo cual se configuró el perfeccionamiento de la voluntad de que trata el artículo 898 del Código de Comercio y la sentencia SL 413 de 2018 de la CSJ.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión.

De igual modo, Colpensiones, manifestó que se encuentra configurado un pleito pendiente sobreviniente, toda vez que la actora presentó un proceso similar al presente (rad. 26 2017 00387 01) el cual culminó con sentencia absolutoria, tanto en primera instancia como en esta instancia y actualmente se encuentra cursando el recurso extraordinario de casación ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tal medida solicita que se acumulen las presentes diligencias a aquellas por ser más antiguas. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico de fondo planteado en esta litis, esta Sala de Decisión debe revisar si en efecto en la presente causa se encuentra configurado el fenómeno del pleito pendiente como lo plantea la apoderada de COLPENSIONES en esta sede judicial y si como consecuencia de ello ha de acumularse con el proceso más antiguo.

Al respecto, es menester recordar que, en torno a la excepción de pleito pendiente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de antaño ha explicado lo siguiente:

«[para que se configure] la litispendencia [...] es menester que haya una relación procesal en la cual se pretenda debatir la misma cuestión que es objeto del nuevo pleito, por igual causa y entre las mismas partes (...) El pleito pendiente constituye excepción dilatoria (Código Judicial, artículo 330); y en los procesos donde no procede tal tipo de excepciones o en aquéllos en que

procediendo no se propone, implica un motivo de acumulación, ya que ésta es pertinente. "Cuando son unos mismos los litigantes, una misma la acción y una misma la cosa litigiosa, y en general, cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro" (Art. 398, numeral 1º, ibídem). Chiovenda enseña que la litispendencia quiere decir, en primer lugar, que pende una relación procesal con la plenitud de sus efectos, uno de los cuales es impedir la coexistencia de otra relación sobre la misma cuestión sustancial. El pleito pendiente implica así la concurrencia de dos litigios al que asisten las mismas partes, sobre idéntico objeto y con base en igual causa. Por eso tiene estrecha relación con la cosa juzgada, más se presenta entre los dos fenómenos esta diferencia: la cosa juzgada material impide una nueva sentencia sobre lo mismo que se falló antes; la excepción de litispendencia tiene carácter preventivo, pues impide el riesgo de que se forme contradictoriamente la cosa juzgada. Por eso Calamandrei observa que desde que se constituye la relación procesal se crea entre los sujetos del proceso un estado jurídico denominado litispendencia, el cual significa entre otras cosas que las partes no son libres de dirigirse a otro Juez sobre idéntica cuestión,' y que solamente dentro de la relación constituida se debe pronunciar la resolución de fondo [...]».(CSL AC, del 17 jul. 1959)» (resaltado ajeno al texto).

En ese sentido, como lo reiteró el Alto Tribunal en esa decisión, CSJ AL5102-2018, dicho instituto de pleito pendiente tiene como finalidad evitar que se profieran decisiones contradictorias cuando exista otro proceso en curso con triple identidad de sujetos, causa y objeto. Rememorándose, además, que las pretensiones de los dos procesos frente a los cuales se estudia la excepción de pleito pendiente deben ser las mismas, precisamente para que la decisión de una de ellas tenga la virtualidad de producir los efectos de cosa juzgada en el otro.

Vale precisar que, este instituto se diferencia de la prejudicialidad, en que esta trae como consecuencia la suspensión del proceso, y también procura por evitar decisiones contradictorias respecto de uno o varios procesos que guardan íntima relación con el objeto que se debate en el proceso que se pretende suspender. En este evento, tal como lo explicó la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 02 de marzo de 2016 rad. núm.: 05001-23-33-000-2013-01290-01, es necesario esperar que los otros asuntos se decidan para evitar decisiones contradictorias, o la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, le soliciten al juez la suspensión del proceso. Precisando, la figura se presenta cuando la decisión que debe tomarse en un determinado asunto depende de la que debe adoptarse en otro, por lo que la toma de la decisión se suspende hasta que se resuelva ese otro aspecto con incidencia directa y necesaria sobre el fallo que se va a dictar. Por ello, para que sea procedente la suspensión del proceso por prejudicialidad, es necesario que este se encuentre en etapa para dictar sentencia y, a su vez, que el proceso con el que se guarda íntima relación no haya concluido, pues no tendría sentido suspender el proceso cuando en el otro ya se profirió sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada.

Retomando el hilo conductor inicial, para efectos de declarar la excepción de pleito pendiente deben concurrir 4 elementos relevantes que marcan la prosperidad de tal medio exceptivo, cuando existan procesos judiciales simultáneos en curso, estos deben: i) discutir un mismo derecho litigioso; ii) guardar identidad en los sujetos procesales; iii) exponer la misma situación fáctica y, iv) existir prueba en el proceso que así lo acredite.

Así pues, descendiendo al caso de autos, para esta Sala emerge de manera cristalina que efectivamente existe identidad de partes, causa y objeto, puesto que el debate que en este proceso propone la parte actora resulta idéntico al proceso ordinario que otrora inició y que se encuentra pendiente de decisión ante la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

En efecto, se procedió a verificar si en efecto en esta sede judicial se tramitó otro proceso igual al presente, para lo cual, la Secretaría de la Sala Especializada Laboral remitió acta de audiencia pública celebrada dentro del expediente No. 110013105 026 2017 00387 01 y el archivo magnético con la audiencia que se llevó a cabo el 18 de septiembre de 2019, por parte de la Sala Segunda de Decisión, Magistrado Ponente DAVID A.S J. CORREA STEER, en la cual se puede observar que la demandante corresponde a la señora MARÍELA SÁNCHEZ AGUIRRE y las demandadas son las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Del contenido de dichos documentos, también se evidencia que lo allí pretendido no es otra cosa que la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS efectuado el 01 de noviembre de 1998.

Vale precisar que la primera instancia se fulminó con sentencia absolutoria el 18 de marzo de 2019 y fue remitida a esta instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la actora, siendo confirmada dicha decisión. Pudiéndose confirmar, además, de acuerdo al Sistema de Gestión Siglo XXI, que el apoderado de la parte actora presentó recurso de casación, siéndole concedido, de ahí que el expediente se remitió a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 06 de octubre de 2020 (fl.).

Planteadas así las cosas, reitera la Sala, es diáfana la configuración de la excepción de pleito pendiente, pues existen dos procesos en curso, llamando poderosamente la atención que en ambos funge como apoderado de la demandante el mismo abogado, en los cuales se pretende la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS efectuado por la demandante el 01 de noviembre de 1998, siendo equivalentes las declaraciones, condenas y demás solicitudes respecto de las cuales la parte demandante pide al Juez que se pronuncie. Además, es claro que, en ambas demandas, se señala como sustento de las pretensiones los mismos fundamentos facticos.

Lo anterior, tal como ocurre con la institución de la cosa juzgada, en virtud del principio de la seguridad jurídica, impide continuar con el trámite del presente proceso ya que contiene unos supuestos fácticos y jurídicos idénticos al pretérito proceso mencionado y que se encuentra pendiente de ser resuelto por parte de la Sala de Casación Laboral.

Dicha excepción, si bien aparece enlistada como con carácter de previa en el artículo 100 del Código General del Proceso, estima la Sala que resulta válido declararla probada en esta instancia, en tanto y en cuanto, en los términos del artículo 282 de dicha obra adjetiva, aplicable a los ritos del trabajo en virtud del artículo 145 del CPTSS, ordena perentoriamente que en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa. Lo anterior, apareja la terminación del presente proceso, pues resultaría inane, por ejemplo, suspenderlo, dado que la decisión que profiera en su momento la Sala de Casación Laboral respecto al primer proceso configuraría la excepción de cosa juzgada, de modo que en aras de dar aplicación a lo consignado en el artículo 40 del CPTTS, respecto a la finalidad del procedimiento en el juicio ordinario laboral, la Sala declarará probada la aludida excepción de pleito pendiente, oficiosamente, a darse los supuestos de la aludida disposición; revocará la sentencia de primera y dará por terminado el presente proceso.

Finalmente se ordenará compulsar copias a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial para que investigue la posible comisión de una falta disciplinaria por parte del profesional del derecho que apodera a la señora demandante, especialmente por el hecho de haber presentado dos procesos idénticos, tal como se explicó en precedencia.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

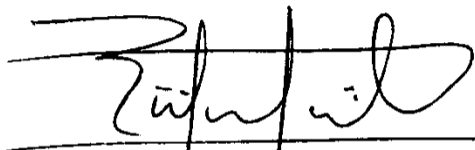
PRIMERO: REVOCAR le decisión de primera instancia, para en su lugar, DECLARAR PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE PLEITO PENDIENTE; y en consecuencia, DAR POR TERMINADO EL PRESENTE PROCESO, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

TERCERO: COMPULSAR COPIAS a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, para lo de su competencia ante una eventual falta disciplinaria incurrida por el profesional del derecho LUIS EDUARDO MARIÑO CAMACHO, según lo expuesto en precedencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALCIRA ESCOBAR CÁRDENAS contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-007-2019-00213-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados por las partes, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora ALCIRA ESCOBAR CÁRDENAS promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare que es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS efectuado por medio de la AFP PORVENIR; que se condene a PORVENIR S.A., a trasladar los aportes, junto con los rendimientos financieros y el detalle de traslado de aportes; que se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación y a recibir los montos trasladados. Asimismo que se condene a lo Ultra y Extra petita, junto con las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 04 de mayo de 1957 e inició sus aportes a pensión en el RPMPD en cabeza del Instituto de Seguros Sociales- ISS desde el 10 de marzo de 1975 hasta el de 20 de diciembre de 1995, fecha para la cual se trasladó al RAIS en la AFP PORVENIR, entidad que omitió brindarle

una información adecuada y completa acerca del régimen de ahorro individual con solidaridad. Explicó que para el 01 de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad y que para el 29 de julio de 2005 había cotizado más de 750 semanas. Que para el 04 de mayo de 2012 tenía 55 años de edad y más de 1000 semanas cotizadas. Agregó que el 02 de mayo de 2009 elevó petición ante el ISS solicitando el traslado de régimen de conformidad con la sentencia C- 1024 de 2004, igualmente radicó formulario de afiliación al ISS el día 06 de julio de 2009, empero, a la fecha está afiliada a la AFP PORVENIR (Fls. 1 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, dado que, se trasladó al RAIS desde diciembre de 1995, perdiendo los beneficios del RPMPD, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En el mismo sentido, afirmó que el régimen de transición es ajeno al Régimen de Ahorro Individual. Manifestó que no obra prueba alguna sobre la falta al deber de información por parte de la AFP o vicio en el consentimiento de la accionante, verbigracia, error, fuerza o dolo. Explicó que el traslado de régimen pensional fue efectuado por la decisión libre y voluntaria de la demandante, sin dejar observación alguna sobre un constreñimiento o presión indebida. Agregó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, siendo imposible tenerla como afiliada al RPMPD. Para finalizar, adujo que no participó en la decisión de la demandada de trasladarse de régimen pensional, por lo cual, solicitó no ser condenada en costas. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 64 a 93).

La AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la demandante perdió el beneficio del régimen de transición al trasladarse al RAIS pues contaba con 594 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994. Manifestó que la demandante se afilió al RAIS de manera libre y espontánea, tras recibir la información suficiente y necesaria para comprender las características de dicho régimen pensional, en consecuencia, no hay lugar a trasladar suma alguna a

COLPENSIONES. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 135 a 151).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 28 de octubre de 2020, declaró que la demandante ALCIRA ESCOBAR CARDENAS es beneficiaria del régimen de transición conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y al Acto Legislativo 01 de 2005. Declaró la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por la demandante ALCIRA ESCOBAR CARDENAS al RAIS el 12 de diciembre de 1995 por medio de la AFP COLPATRIA y el 28 de octubre de 1998 a través de la AFP PORVENIR. Ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros, junto con las comisiones y gastos de administración, los cuales deben ser reintegrados debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la demandante sin solución de continuidad desde su afiliación inicial al ISS. Condenó en costas a PORVENIR, fijando una suma de cuatro (4) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que para el 01 de abril de 1994 la demandante reunía los requisitos de edad y número de semanas cotizadas para ser beneficiaria del régimen de transición, pues para esa data, había cumplido 35 años de edad y había acumulado más de 750 semanas de cotización en el ISS y en la Caja Distrital de Previsión. En el mismo sentido, manifestó que para la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 25 de julio de 2005, la demandante había cotizado más de 1000 semanas en el sistema general de pensiones y que cumplió los 55 años de edad el 04 de mayo de 2012, es decir, dentro del término que la norma concedió a los cobijados por el régimen de transición para cumplir la edad de pensión. De otro lado, precisó que si bien existe la prohibición de traslado de régimen estatuido por la Ley 797 de 2003, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pueden efectuar el traslado de régimen en cualquier momento.

En torno al deber de información de las AFP, argumentó que desde su inicio tienen el deber de brindar la información transparente y necesaria para que el afiliado pueda decidir de forma libre y voluntaria entre todas las opciones del mercado, máxime cuando está en juego la pérdida de los beneficios contemplados en el régimen de

transición. Es por ello que, encontró que COLPATRIA, hoy PORVENIR, no brindó la información suficiente y clara a la demandante sobre las características de cada régimen, ni de las consecuencias jurídicas de su traslado, pues halló huérfano el expediente de pruebas tendientes a demostrar el cumplimiento de tal deber. Aclaró que pese a que la demandante cotizó a la Caja de Previsión Distrital, COLPENSIONES es la competente para recibir la afiliación de aquella, dado que, en la actualidad es la única administradora del RPMPD. Finalizó argumentando que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto el contradictorio está relacionado con el derecho irrenunciable a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión con el fin de que se revoque en su totalidad, arguyendo para tal efecto que, la demandante no acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno, así mismo, que no exigir al afiliado prueba del vicio que alega es una práctica que quiebra la lógica de las cargas probatorias. Advirtió que el caso de autos atañe a un error en un punto de derecho, mismo que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia de un acto jurídico, pues no se trata de un error que afecte la validez de aquel. Manifestó que los demandantes tienen obligaciones a su cargo, en virtud de las obligaciones recíprocas, igualmente, los afiliados en calidad de consumidores financieros tienen obligaciones, tales como la de informarse sobre las condiciones generales en materia pensional. Añadió que no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación, solo porque la demandante se percató de que su pensión no estaría acorde con sus expectativas económicas. Resaltó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, nadie puede ser subsidiado con los recursos ahorrados por los afiliados del RPMPD porque ello conduce a la descapitalización del sistema.

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., apeló la decisión con el fin de que sea revocada en su totalidad, argumentando que la demandante se afilió al RAIS de forma libre y voluntaria, tal como se coligió del interrogatorio de parte. Asimismo, explicó que PORVENIR cumplió con la obligación de brindar información en la forma que la ley establecía al momento del traslado de la demandante, por lo cual, no tenía el deber de brindar el buen consejo o doble asesoría. Aseveró que la demandante contaba con plena capacidad jurídica conforme al artículo 1503 del Código de Civil y cumplía con los presupuestos para trasladarse de régimen, en consecuencia, no era potestad de PORVENIR excluirla de realizar el traslado. Recordó que la demandante es profesional en derecho, que no existió un vicio en el consentimiento ni un error por

falta de información porque aquella conocía cómo funcionaba cada régimen, así, argumentó que no es dable declarar la ineficacia solo por su inconformidad con el monto pensional. Adujo que no existió mala fe de su parte porque no existía una norma sobre la ineficacia de la afiliación por falta de información y que manejo de forma eficiente y responsable las cotizaciones de la demandante, generándole rendimientos. De otro, solicitó ser absuelta del pago de los gastos de administración y seguros previsionales, dado que, a su juicio, la demandante se vería beneficiada por el traslado de los aportes y los rendimientos que obtuvo gracias a su gestión. Agregó que los gastos de administración y seguros previsionales fueron invertidos tal como la ley exige, además que, dichos emolumentos son descontados en ambos regímenes, de allí que, si la demandante estuviera en el RPMPD, también habría tenido que asumir dichos descuentos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PROVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. A su turno, la parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese

orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 54 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 04 de mayo de 1957, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2014, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 02 de mayo de 2009, es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 594,29 semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 11 años, 4 meses y 11 días (fls. 94 a 99), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

proceso, acaeció el 27 de diciembre de 1995 (Fl. 19 y 152), específicamente, conforme al formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que

guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 19 y 152), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (27 de diciembre de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal,

y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar que tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen. En todo caso debe confirmarse lo declarado por el a quo en el sentido que la actora es beneficiaria de dicho régimen transitivo en la medida que, para el 01 de abril de 1994, contaba con 36 años de edad, el cual conservó a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005, en la medida que para la entrada en vigencia del mismo tenía más de 750 semanas de cotización.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

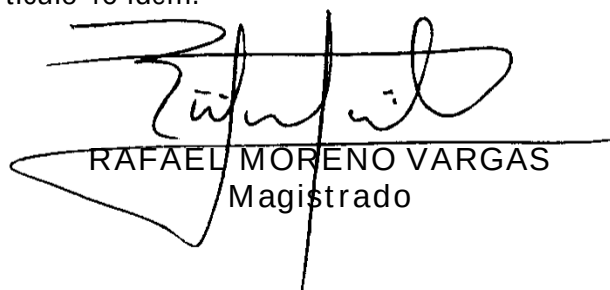
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR en numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por EBERTO OBDULIO LEÓN CUBILLOS contra SEGURIDAD EL PENTAGONO COLOMBIANO LTDA. Rad. 110013105-020-2019-00332-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor EBERTO OBDULIO LEÓN CUBILLOS, pretende principalmente se declare que la terminación del contrato de trabajo ocurrido el 8 de noviembre de 2018 no produce efecto alguno, al tratarse de una decisión unilateral de la empresa empleadora motivada en su condición médica, aunado a ello no contó con la autorización del inspector del trabajo y en consecuencia deben volver las cosas a su estado anterior; como pretensión subsidiaria solicitó se declare que el contrato a término fijo terminó sin justa causa; que se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización por despido unilateral sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, como a la indemnización por el no pago de las prestaciones sociales debidas. Finalmente se condene al pago de las costas del proceso, más lo ultra y extra petita.

Como fundamentos de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que el día 9 de julio de 2014, suscribió contrato de trabajo a término fijo de 4 meses, en el cargo de vigilante con la empresa SEGURIDAD EL PENTAGONO COLOMBIANO LIMITADA, el cual se

prorrogó automáticamente en el mes de noviembre de 2014, devengando la suma de un salario mínimo; agregó que el día 4 de enero de 2015 sufrió un accidente de trabajo y el 8 de marzo de 2015 la accionada le entregó carta de terminación del contrato de trabajo bajo el argumento del vencimiento del término pactado; motivo por el cual interpuso acción de tutela, la cual correspondió al Juzgado 4 Civil Municipal de Bogotá, mediante fallo del 22 de junio de 2015 amparó sus derechos laborales ordenando su reincorporación; que el 8 de octubre de 2015 es reincorporado en sus labores como vigilante; el 13 de noviembre de 2015 tuvo un nuevo accidente laboral, por el cual la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ emite dictamen el 17 de enero de 2018, en el cual se establece una pérdida de capacidad laboral del 16.90% de origen común. Que el 6 de abril de 2018 el representante de la demandada solicitó ante el MINISTERIO DE TRABAJO autorización para su despido, argumentando que se estaba aprovechando de su condición de salud para eludir sus responsabilidades como trabajador; solicitud que es negada el 27 de noviembre de 2018; que el 1° de octubre de 2018 la empresa le comunicó que no prorrogaría el contrato de trabajo, por lo que interpone nuevamente acción de tutela, la cual conoció el Juzgado 59 Penal Municipal, el cual tuteló sus derechos fundamentales ordenando su reintegro, y el pago de los salarios dejados de percibir, como de la indemnización de los 180 días; concluyó que fue reintegrado el 8 de febrero de 2019 y le fueron cancelados los valores ordenados (fls.3 a 11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada SEGURIDAD DEL PENTAGONO COLOMBIANO LTDA., contestó la demanda con oposición a la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, argumentando que adolece de fundamentos jurídicos y fácticos; por cuanto la terminación del contrato de trabajo fue preavisada mediante notificación del 1 de octubre de 2018, al tratarse de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año; motivo por el cual podía preavisar su terminación en los términos del artículo 46 y 61 del código sustantivo del trabajo, máxime cuando esta constituye la extinción del término de duración de la relación laboral; en igual medida presentó su oposición a la declaratoria de la terminación injusta del contrato de trabajo, toda vez que este finalizó por uno de los modos previstos en el artículo 61, como lo es la extinción del término del plazo fijo pactado; motivo por el cual la relación finalizó el 8 de noviembre de 2018; en igual medida presentó su oposición a la condena invocada en el literal B, como a la prosperidad de la moratoria contemplada en el literal C, toda vez que con la terminación de la relación laboral, se cancelaron las prestaciones sociales, salarios, acreencias laborales y demás derechos a los que tenía derecho en el momento de su causación. Propuso como excepciones las de: «la existencia de causal objetiva para la

finalización del contrato de trabajo», «la de pago», «la de inexistencia de las obligaciones demandadas» y «cumplimiento de la tutela» (fls.162 a 168).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 11 de noviembre de 2020, declaró que la terminación del contrato de trabajo del demandante a partir del 9 de noviembre de 2018 por parte de la empresa SEGURIDAD EL PENTAGONO COLOMBIANO LTDA es ineficaz; así mismo, declaró probadas las excepciones denominadas como pago y cumplimiento de la tutela propuesta por la demandada; en igual medida condenó a la accionada si a la fecha no ha realizado el pago de los aportes a pensión del demandante del periodo comprendido entre el 9 de noviembre de 2018 al 8 de febrero de 2019, previa liquidación que realice el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante

Para arribar a tal conclusión, indicó en síntesis, que no existía controversia respecto del vínculo que sostuvieron las partes, y sus extremos; así mismo se tiene que por orden judicial el demandante fue reintegrado a su trabajo el 8 de febrero de 2019 mediante fallo de tutela; y que cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 16.9%; en igual medida no existe debate sobre el pago su liquidación de prestaciones sociales, hasta el 8 de noviembre de 2019 y la indemnización de 180 días. Anotó que las personas que presenten una afectación de salud relevante, gozan de estabilidad laboral reforzada, salvo que la posible causa de la terminación del vínculo laboral, sea autorizada por el ministerio del trabajo; y en el caso bajo estudio se encontró acreditado por el actor y aceptado por la demandada, que tiene una discapacidad que le generó una pérdida de capacidad laboral del 16.9% conforme al acta de calificación de pérdida de capacidad laboral, de esta manera se pudo establecer que tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 15%; acreditado lo anterior, corresponde a la demandada demostrar la causa legal de la terminación del contrato de trabajo, que inició el 9 de julio de 2014, con prórrogas que a la fecha continúan vigentes por orden del juez de tutela; en ese orden de ideas, concluyó que la accionada faltó a su deber de preservar el empleo del trabajador, pues incluso le fue negado el permiso para despedirlo por parte del Ministerio del trabajo, y que no se estaba frente a una causal objetiva del despido, motivo por el cual era ineficaz el despido y declaró sin solución de continuidad dicho vínculo laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandada, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación a fin de quien se revoque la decisión de primera instancia, especialmente

en la declaración de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo; toda vez que la terminación del contrato la precedió una causal objetiva, como lo es el vencimiento del plazo del contrato de trabajo, debidamente preavisada; aunado a ello solicitó se deje sin efectos las declaraciones y condenas en razón al cumplimiento por parte de su representada de forma oportuna de las decisiones en primera y segunda instancia de los juzgados penales en el trámite de la tutela, por cuanto dio cumplimiento a lo allí dispuesto.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia y que en caso de ser revocada, no se le condene en costas en ambas instancias, teniendo en cuenta que se encuentra amparado por pobreza.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si el despido ocurrió por una causal objetiva de terminación, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que la existencia del contrato de trabajo, los extremos de la relación, el salario devengado, el cargo desempeñado por la demandante, no fueron objeto de debate por los sujetos procesales, al igual que el hecho de que el actor es beneficiario de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Lo anterior, teniendo en cuenta que así fue definido por el a quo y no fue objeto de alzada, en los términos del artículo 66A del CPTSS.

Conforme a lo anterior, y al recurso de alzada planteado por la parte accionada, es menester recordar que recientemente, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL1360 de 2018, cambia su criterio frente al tema de la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de

discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa para su finiquito en los términos legales.

Clarifica la Corte, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto este precedido de un criterio discriminatorio, por lo que la invocación de una justa causa, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual solo le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la justa causa, so pena de que se declare la ineficacia del despido.

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas, considera esta sala de decisión que en ese orden de cosas, solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el estado de salud del trabajador al momento del finiquito contractual y el despido o la desvinculación laboral y que el empleador conociera previamente de dicha limitación, lo cual es consecuente con la fuerza vinculante de las sentencias de exequibillidad de la Corte Constitucional sobre el ámbito de aplicación de la norma que se invoca y la sentencia de unificación SU 049/17.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL2841-2020, Radicación No. 67130 del 22 de julio de 2020, hizo un análisis exhaustivo sobre la estabilidad reforzada regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, donde además categorizó una nueva expresión para las personas sobre las que verse esta figura, entendiéndose esta como «discapacidad relevante», esto es, que el «criterio que identifica la población destinataria de la estabilidad laboral reforzada es la condición de discapacidad relevante (entendida esta como la pérdida sustancial de la capacidad laboral, ya sea física o mental) y no, la expresión general y abstracta de condición de debilidad manifiesta por afecciones de salud».

Y, para los efectos meramente procesales, de conformidad al principio de la carga de la prueba en estos asuntos, conforme al artículo 167 del CGP, según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, la H Corte Constitucional en la sentencia T-041 de 2019, retomando su línea jurisprudencial sobre la materia, recordó los presupuestos que se evalúan para tutelar este derecho:

- Que el trabajador presente una limitación física, sensorial o síquica sustancial que dificulte o impida el desarrollo regular de su actividad laboral.
- Que el empleador tenga conocimiento de la situación de discapacidad o de limitación física, sensorial o síquica sustancial.
- Que el despido se realice sin autorización del Ministerio del Trabajo.
- Que el empleador no logre desvirtuar la presunción de despido discriminatorio a favor del trabajador con discapacidad.

Explicado lo anterior, para el momento de la terminación del contrato de trabajo (08 de noviembre de 2018), el demandante EBERTO OBDULIO LEÓN CUBILLOS se encontraba en estado de discapacidad con una limitación física, hecho que se corrobora con el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 17 de enero de 2018 mediante la cual se le otorgó una pérdida de capacidad laboral del 16.90% con fecha de estructuración 12 de mayo de 2017 (Fls. 26 a 29). En tal medida, se encontraba en estado de limitación física, condición que le dificultaba el desempeño de la labor en condiciones regulares, dadas las circunstancias especiales en que debía cumplirlas como vigilante; y como ya se dijo, tampoco es motivo de discordia en esta sede judicial que ello era de conocimiento de la accionada previo a la terminación del contrato.

Ahora bien, los motivos que adujo la empleadora y por los que considera que la decisión obedeció a una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo, se fundamentó, según comunicación de fecha del 01 de octubre de 2018 en lo siguiente: «dando cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 3 de la ley 50 de 1990, se le informa que su contrato de trabajo vence el 08 de noviembre de 2018 y la empresa ha determinado no prorrogárselo» (folio 18).

Al respecto se evidencia que al plenario se aportó contrato laboral a término fijo inferior a un año celebrado entre las partes, cuya fecha de inicio se pactó para el 09 de julio de 2014 y su finalización para el 08 de noviembre de 2014 (fl. 20-22), para los efectos de la terminación, debe decirse que el mismo se prorrogó en varias oportunidades, especialmente por la orden de reintegro ordenada mediante acción de tutela, advirtiéndose que la duración del contrato conforme a la última de las prórrogas sería hasta el 08 de noviembre de 2018.

Sobre este puntual aspecto, la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1211-2020, explicó que, si «el motivo de la extinción del contrato del demandante no fue su estado biológico, fisiológico o psicológico, es decir, su discapacidad, sino una razón o causa objetiva -vencimiento del plazo fijo pactado- [...], no opera la protección contenida en

el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que no hay lugar al reintegro pretendido». De tal manera que aplicada tal tesis al caso que nos ocupa estamos en presencia de una causal objetiva para terminar el contrato de trabajo, pues la razón de su terminación sería ajena a su estado de salud.

Ahora bien, con relación a la referida «discapacidad relevante», debe decir la Sala que según la valoración definitiva que dio lugar a su estado de pérdida de capacidad laboral, esto es, lumbago no especificado y otros trastornos de los discos no especificados, no es dable estimar que el accionante se encontrara en una situación de discapacidad relevante, esto es, en términos de la sentencia citada, que le implicara «la pérdida sustancial de la capacidad laboral [...] y no, la expresión general y abstracta de condición de debilidad manifiesta por afecciones de salud», en efecto, de las conclusiones del referido dictamen se extrae que «Se trata de paciente con historia de lumbalgia, espóndiloartropatia lumbar baja con hallazgos osteodegenerativos lumbares que denota el origen común del mismo pues estos hallazgos no devienen de evento agudo, ratificando así el origen común de los desenlaces. [...] En cuanto al rol laboral y otras áreas ocupacionales: el rol laboral se encuentra adecuadamente calificado, corresponde asignar rol laboral recortado pues puede realizar las tareas principales y se le dificultan algunas tareas secundarias de su labor habitual, por lo cual puede laborar con modificaciones en el puesto de trabajo. Su autosuficiencia económica no se ha visto afectada, tiene limitaciones leves para la movilidad, para algunas tareas de la vida doméstica y del cuidado personal. Al hacer nueva calificación se obtiene un resultado inferior: 10.4%. Por tanto, al calificar integralmente las deficiencias, rol laboral y otras áreas ocupacionales, no hay criterios para incrementar el porcentaje asignado por la Junta Regional» (fls. 26 a 33).

De este modo, estima la Corporación que no se encuentra acreditado que dichas situaciones hayan afectado de manera relevante su capacidad laboral, frente a las funciones específicas que debía cumplir en la ejecución del contrato de trabajo (vigilante), máxime que no se evidencian recomendaciones de carácter laboral.

Así entonces, considera la Sala que la parte actora no logró establecer un nexo de causalidad entre su patología y la terminación del contrato, ya que se encuentra demostrado que la finalización del vínculo laboral obedeció a una causa legal y objetiva, y de manera exclusiva se dio por la expiración del plazo pactado, sin que se haya demostrado una discapacidad relevante que no le permitiese seguir desempeñando su labor. Por tanto, teniendo en cuenta el anterior material probatorio, concluye diáfananamente la Corporación que la entidad demandada logró probar que no existió

nexo de causalidad alguno entre la terminación del contrato de trabajo del demandante y su situación deficitaria de salud, con lo que la presunción de discriminación, queda descartada.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia se revocará en su integridad, para en su lugar absolver a la accionada de las pretensiones de la demanda. Así se decidirá. Sin costas, ni en la primera, ni en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

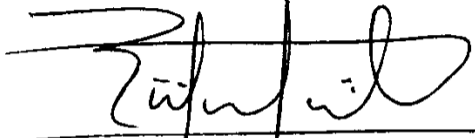
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ABSOLVER a la accionada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

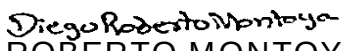
SEGUNDO: Sin costas en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ contra A&D CONTRUCCIONES LTDA Y OTROS Rad. 110013105 039 2017 00080 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia a fin de que se declare que celebró un contrato laboral con A&D CONSTRUCCIONES LTDA el 24 de febrero de 2015, el cual finalizó el 18 de julio de 2015 sin justa causa; que se declare igualmente que JUVENAL DANIEL ÁVILA, TEODULFO DAZA RODRÍGUEZ, SÁENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A, PABLO SAÉNZ CARDONA, AMALIA ACEVEDO DE SAÉNZ, JULIÁN RUIZ LÓPEZ DE MESA y LUIS EDUARDO CADENA CORRALES son solidariamente responsables de las condenas contra A&D CONSTRUCCIONES LTDA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó se ordene su reintegro, y se condene al pago de la sanción establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como los salarios, primas de servicios, cesantías e interés a las mismas, vacaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir desde la fecha del despido. De manera subsidiaria, pretendió que se condene al pago de la sanción por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del CST. Por

último, que se condene a la parte accionada a lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que trabajó para A&D CONSTRUCCIONES LTDA desde el 25 de febrero de 2015 hasta el 18 de julio de 2015, a través de un contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, en el cargo de maestro de herreros, con un horario de lunes a viernes de 7:00 am a 4:30 pm y con un salario de \$2.250.000. Que el 05 de junio de 2015 fue incapacitado durante quince (15) días debido a un dolor en la rodilla izquierda, no obstante por miedo a ser despedido laboró trece (13) días de los correspondientes a la incapacidad. Explicó que el dolor persistió, por lo cual, la incapacidad fue prorrogada varias veces hasta el 17 de junio de 2015 cuando fue operado para reemplazo total de rodilla izquierda, fecha en la cual recibió incapacidad de 90 días. Que al informar de la incapacidad a la accionada A&D CONTRUCCIONES, recibió una llamada del Señor FREDY REYES manifestándole que debía renunciar porque había trabajado incapacitado del 5 al 16 de junio del 2015 y con ello, desde el 30 de junio de dicho año no recibió el pago de su salario, ni prestaciones sociales. Que al comunicarse con FREDY REYES, aquel aceptó ir a su casa para hablar de las incapacidades, dado que por su estado de salud no podía salir. Que el 18 de julio de 2015, el señor FREDY REYES llegó a su vivienda con actitud intimidante y le indicó que si renunciaba le daría una cantidad de dinero como una ayuda, de lo contrario, la empresa procedería a instaurar una denuncia en su contra por haber trabajado incapacitado, en consecuencia, firmó la carta de renuncia escrita por el Señor REYES. Por lo anterior, el 18 de septiembre de 2015 efectuó una denuncia por los delitos de Falsedad ideológica en documento privado y abuso de confianza.

En relación a la solidaridad, expuso que la sociedad SÁENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A desarrolló la obra en la que prestó su servicio, es decir, que era beneficiaria de su labor. Agregó que por solicitud suya, el 18 de abril de 2016 se llevó a cabo conciliación ante el Ministerio de Trabajo, sin que fuera exitosa por tratarse de mínimos vitales que no eran susceptibles de renuncia, ni de conciliación (fls. 3 a 12 y 111 a 121).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad A&D CONSTRUCCIONES LTDA contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que el actor renunció de forma voluntaria y en señal de ello, ratificó su voluntad en la transacción celebrada el 24 de febrero de 2016, por tanto, en tratándose de la terminación unilateral por parte del trabajador, no es dable el pago de la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ni la indemnización por despido sin justa causa.

Agregó que no es procedente declarar la responsabilidad solidaria porque el contrato laboral fue celebrado entre el demandante y A&D CONSTRUCCIONES LTDA, esto es, una persona jurídica independiente a los socios, quienes que no celebraron contrato alguno con el demandante. Adicionalmente, expuso que se efectuó el pago de las incapacidades médicas a pesar de que el promotor del juicio no informó sobre ellas y que en virtud del pago de esas incapacidades, el actor no tenía derecho a recibir salario desde el 30 de junio de 2015. Aclaró que no existió coacción alguna sobre el demandante y que aquel nunca instauró una denuncia en su contra. Propuso como excepciones las de «transacción», «buena fe», «prescripción», «falta de causa para demandar», «cobro de lo no debido», «excepción de temeridad y mala fe», «compensación» y «cobro de lo no debido» (fls. 152 a 165).

Por su parte, TEODULFO DAZA RODRÍGUEZ contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para ello que nunca fue empleador del actor, ni tuvo un vínculo laboral con aquel. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «carencia de acción» y «prescripción» (fls. 175 a 181).

Asimismo, JUVENAL DANIEL ÁVILA contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras manifestar que nunca celebró contrato de trabajo con el demandante y por ende, no tuvo obligaciones laborales a su cargo. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «carencia de acción» y «prescripción» (fls. 184 a 190).

Los demandados LUIS EDUARDO CADENA CORRALES, PABLO SAENZ CARDONA, JULIAN LOPEZ MESA y AMALIA ACEVEDO DE SAENZ, en calidad de socios de SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A., contestaron a la demanda, manifestando su oposición a todas y cada una de las pretensiones y argumentando que dicha sociedad nunca celebró contrato de obra o construcción con A&D CONSTRUCCIONES LTDA, de manera que nunca fue beneficiaria de la labor desarrollada por el actor. Aunado a que consideraron que la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del CST, recae sobre la sociedad, es decir, una persona jurídica diferente a los socios individualmente considerados y que, de conformidad con el artículo 36 del CST, solo es dable predicar la responsabilidad solidaria entre sociedades de personas, situación contraria a la naturaleza de SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A, por ser una sociedad de capital. Formularon como excepciones de mérito las de «inexistencia de responsabilidad de los socios de Sáenz Ruiz Cadena Ingenieros Civiles S.A.»,

«legitimación en la causa por pasiva», e «inexistencia de solidaridad de que trata el artículo 34 del C.S.T» (fls. 200 a 190).

Por último, la sociedad SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para ello que nunca celebró contrato de obra o construcción con A&D CONSTRUCCIONES LTDA, ni fue beneficiaria de obra alguna en la que dicha sociedad o el demandante hubieran prestado sus servicios, en consecuencia, resaltó que no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 34 del CST para declarar la responsabilidad solidaria. Propuso como excepciones de mérito las de «legitimación en la causa por pasiva», e «inexistencia de solidaridad de que trata el artículo 34 del C.S.T» (fls. 231 a 244).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 16 de octubre de 2020, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y absolvió a los demandados de todas las pretensiones formuladas por el demandante JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que de acuerdo al artículo 161 del Código General del Proceso, el demandante no cumplió con la carga de probar que la renuncia estuvo precedida por actos de presión o coerción en su contra, en tanto, encontró diferentes contradicciones respecto a lo sucedido al momento de la renuncia. Primero, manifestó que en el Acta de no conciliación expedida por el Ministerio del Trabajo, el demandante afirmó que la terminación del contrato había obedecido a un arreglo entre las partes, contrario a lo afirmado en la demanda. Analizó lo narrado en relación a la visita que recibió el actor por parte del señor FREDY REYES y encontró que el demandante afirmó que hasta ese día lo conoció pero que aun así lo dejó pasar a su vivienda sin saber si venía de parte de su empleador o no, hecho que resaltó la A quo por resultar contrario a las máximas de la experiencia y la lógica. A la par, advirtió que el demandante manifestó en la solicitud de conciliación ante el Ministerio del Trabajo que el Señor REYES bajo amenazas llevó hasta su casa la carta de renuncia, mientras que en el interrogatorio expuso que aquel fue a negociar su renuncia y que fue allí cuando REYES escribió a mano alzada aquel documento. Que según lo dicho por el demandante la hoja en la cual fue escrita la carta de renuncia fue suministrada por su sobrina, empero aquella en su declaración dijo que dicha hoja había provenido de una carpeta de documentos que llevaba el señor REYES. Que el demandante en el interrogatorio explicó que el señor REYES lo intimidó y amenazó con demandarlo para que devolviera todo lo pagado,

mientras que su sobrina declaró que según lo dicho por su tío, el Señor REYES le dijo que de no firmar no le pagarían. Señaló que según lo manifestado por el actor, esa visita del señor REYES se desarrolló en un ambiente de cordialidad, tal como si se hubiera tratado de una negociación y advirtió que resulta extraño que firmó la aludida Acta de no conciliación aceptando que su renuncia fue voluntaria, aun cuando para ese momento ya había instaurado la denuncia en contra de FREDY REYES.

De otro lado, concluyó que no se probó la superioridad jerárquica de FREDY REYES, toda vez que en el interrogatorio de parte el Señor JULIO RODRÍGUEZ dijo que aquel era un desconocido hasta cuando fue a su casa. Que tampoco es dable afirmar que el pago de una suma superior a la liquidada obedeció a una renuncia involuntaria, pues recordó que no existe prohibición de pagar sumas adicionales al terminar la relación laboral.

Para finalizar, aseveró que de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia, el trabajador no es un sujeto sin poder de decisión, sino que tiene derecho a discutir las condiciones de empleo o retiro si no está satisfecho y las consecuencias de tales decisiones son atribuibles al mismo. Aclaró que no se presume que la elaboración de la carta de renuncia por parte del empleador constituya una presión, puesto que fue firmada por el actor en señal de aceptación y por tanto, es válida hasta que se acredite lo contrario.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, el apoderado judicial del demandante JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ apeló la decisión, solicitando se revoque en su totalidad, argumentando para ello, que la A quo no realizó una valoración unificada del acervo probatorio, en tanto, no evaluó los hechos que rodearon la renuncia, como el acuerdo de pagar \$5.000.000 al demandante y que no fueron satisfechos, su edad e incapacidad al momento de presentar la renuncia, resaltando que se trató de una persona con el 33% de pérdida de capacidad laboral, a su juicio, un trabajador con menos posibilidades en el mercado laboral y en estado de debilidad manifiesta. Agregó que se acreditó que una persona acudió a la vivienda de la hermana del demandante por ser allí donde estuvo un tiempo de su incapacidad, con la finalidad de provocar su renuncia, bajo el ofrecimiento de una suma de dinero que efectivamente se pagó. Arguyó que las diferencias entre las sumas de la liquidación, de la transacción y del pago, conducen a demostrar que la renuncia no fue voluntaria. Aseveró que no se puede afirmar que el demandante conocía al señor FREDY REYES, por cuanto, manifestó que lo vio por primera vez el día que fue hasta su casa con la

finalidad de quebrar su voluntad por medio del pago de una suma de dinero. Que el Señor FREDY REYES tenía una posición jerárquica superior al demandante, tal como lo afirmó TEODULFO DAZA, en consecuencia, tenía poder de subordinación sobre el actor. Explicó que carece de lógica, la renuncia voluntaria de una persona de 55 años en estado de discapacidad, pues ello implica, la pérdida del acceso al sistema de salud y del mínimo vital garantizado por su salario o sus incapacidades. Finalizó solicitando que se analice el material probatorio en conjunto, teniendo en cuenta las reglas de la experiencia y la lógica.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la apoderada judicial de SAÉNZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A., LUIS EDUARDO CADENA CORRALES, PABLO SÁENZ CARDONA, JULIÁN LÓPEZ MESA Y AMALIA ACEVEDO SÁENZ, presentó alegatos de conclusión en los similares términos a los expresados en libelo con el cual contestó la demanda y solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer la eficacia de la renuncia firmada por el accionante, e igualmente, de resultar procedente, establecer si hay lugar a conceder las condenas solicitadas.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo desarrollado entre el 25 de febrero de 2015 hasta el 18 de julio del mismo año, el cual finalizó por renuncia del actor, por lo tanto, dichos aspectos en los términos del principio de consonancia contemplado en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. se mantendrán incólumes.

Descendiendo al caso concreto, se aprecia para tal efecto que el demandante aportó documento a folio 81, fechado 18 de julio de 2015, el cual refiere la renuncia al contrato laboral con A&D CONSTRUCCIONES a partir de esa fecha.

Asimismo, se recepcionaron los interrogatorios de parte tanto del demandante como del representante legal de la sociedad demandada, de la siguiente manera:

- JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: El demandante señaló que estuvo incapacitado desde el 05 de junio de 2015 por un problema en su rodilla izquierda, empero que siguió trabajando y no informó sobre su incapacidad por miedo a ser despedido. Que al cabo de un tiempo fue operado y recibió una incapacidad de 90 días. Que desde el 4 de julio de 2015, recibió varias llamadas de FREDY REYES quien decía ser el abogado de TEODULFO DAZA y DANIEL ÁVILA. Que acordaron que el Señor REYES acudiera a su vivienda para hablar, que fue allí cuando le dijo que aceptara \$2.000.000 como una ayuda para sus transportes y terapias, que firmara la carta de renuncia y luego cuando se recuperara lo reintegrarían a su cargo; adujo que firmó la carta porque atravesaba un momento de necesidad, y que además se encontraba somnoliento ya que estaba muy medicado. Que en medio de su charla, el señor REYES lo amenazó con demandarlo para que devolviera lo que le pagaban en caso de no firmar la renuncia. Argumentó que dos meses después instauró una denuncia en contra de FREDY REYES. Agregó que con posterioridad, por medio de una transacción, le ofrecieron \$5.000.000 a cambio de que firmara ante un notario un paz y salvo, no obstante se negó y en cambio los citó ante el Ministerio del Trabajo, entidad que no avaló la negociación. Aceptó que firmó el aludido contrato de transacción por necesidad pero que luego de acudir ante el Ministerio, decidió no recibir el dinero. En relación a SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A. manifestó que nunca recibió órdenes por parte de dicha sociedad, ni conoció a sus socios, pero que el interventor un día comentó que aquella era jefa de A&D CONSTRUCCIONES LTDA.

- REPRESENTANTE LEGAL TEODULFO DAZA: Indicó que sí existió un contrato entre A&D CONSTRUCCIONES LTDA y SAENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A., quien era la administradora de la obra para la cual contrataban personal. En relación a la renuncia, afirmó que no le consta que un funcionario de A&D CONTRUCCIONES LTDA haya ido a la casa del demandante, que nunca le ofreció dinero a aquel para que renunciara, sino que le pagó solo lo concerniente a las prestaciones sociales y a las incapacidades. Argumentó que no sabe si al momento de la renuncia el actor hubiera estado incapacitado, puesto que aquel nunca informó sobre su estado de salud. Explicó que Daniel Ávila es el otro representante legal de la empresa A&D CONSTRUCCIONES LTDA y que FREDY REYES fue un trabajador de la misma pero que hace años se retiró.

Igualmente, se recibieron las declaraciones de los siguientes testigos:

- MARY LUZ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: Esta testigo manifestó que era sobrina del accionante y que estuvo presente el día que el Señor FREDY REYES fue a la casa a ofrecerle dinero a cambio de su renuncia, precisando que no escuchó lo que dijo el Sr. Reyes pero que según lo dicho por su tío, aquel lo amenazó diciéndole que si no firmaba la renuncia no le pagaría la liquidación y que le habían ofrecido cierta cantidad de dinero. Añadió que le advirtió a su tío que no firmara tal documento pero que ante la amenaza del Sr. REYES no tuvo otra opción. Explicó que aquellos conversaron en el primer piso de la casa y que ella durante un tiempo, estuvo en el piso de arriba pero que al bajar, vio que el Sr. REYES estaba escribiendo la carta de renuncia en una hoja que había sacado de una carpeta que llevaba. Finalizó diciendo que solo le consta que a su tío le pagaron una suma de dinero al momento de realizar la renuncia, sin saber si después le dieron otra cantidad o si el actor firmó otro documento.
- DARIS MARÍA PEÑA NAVARRO: Adujo ser trabajadora de A&D CONSTRUCCIONES LTDA desde el año 2011. Argumentó que el demandante trabajó ocho (8) días en la obra que ella tenía a su cargo, por lo cual al ver que caminaba “cojo”, lo insto para que fuera al médico dado que parte de su trabajo era manejar al personal, no obstante, el demandante nunca le allegó ninguna incapacidad, ni soporte médico sobre su estado de salud. Aseveró que conoció en una reunión que el demandante había renunciado por problemas médicos y que le habían pagado aproximadamente \$2.000.000, que según lo que había escuchado eran por concepto de una incapacidad que aquel había presentado a la empresa.
- OSCAR BERNAL: Manifestó que trabajó en la misma obra en la que laboró el demandante, que se enteró de que aquel había demandado a la empresa A&D CONSTRUCCIONES LTDA porque argumentaba que su problema de salud era de origen laboral pero que conocía que su padecimiento había surgido por un golpe en medio de un partido de fútbol. Preciso que no conoció la forma en la que terminó el contrato entre las partes, ni cuanto le pagaron al demandante.

En este contexto fáctico y probatorio, a pesar de que se encuentra demostrado que el 18 de julio de 2015, el demandante suscribió carta de renuncia, este concentra su reclamo en la ineficacia de la misma, señalando que nunca tuvo la voluntad de renunciar, y que este hecho es atribuible a su empleador, quien fue el que elaboró la carta de renuncia. Por su parte, la empresa A&D CONSTRUCCIONES LTDA, adujo que la renuncia fue presentada por el demandante de manera voluntaria, y que esta fue ratificada por la transacción celebrada entre las partes el 24 de febrero de 2016.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que la renuncia de un trabajador a su empleo debe ser un acto surgido de su exclusiva y libre voluntad, la cual debe ser manifestada de manera natural y voluntaria, ajena a toda injerencia o intromisión indebida por parte del empleador. Por ello, ha precisado a través de Sentencia de abril 9 de 1986, radicación N° 69:

«Renuncia es la dejación espontánea y libre de algún bien o derecho por parte de su titular. No puede ser un acto sugerido, inducido, ni mucho menos provocado o competido por persona distinta de su autor. Entonces, quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su libre albedrío la comunicación correspondiente, sin que su patrono pueda interferir la manifestación prístina del renunciante, porque, si así lo hace, ya no habrá la espontaneidad esencial en cualquier dimisión sino una especie de orden que el empleador le imparte al subalterno suyo para que se retire del servicio.

La renuncia pedida o insinuada en los términos de su presentación por aquél que debe resolver sobre ella no es renuncia verdadera sino apariencia simple de una dimisión que, por consiguiente, no es equiparable jurídicamente a un retiro voluntario del servicio por parte del empleado cuando se trata de esclarecer las circunstancias en que terminó un contrato de trabajo».

De lo anterior, se puede concluir que la renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del cargo que viene desempeñando, lo que implica que para que la renuncia sea válida, debe mediar la voluntad del trabajador de apartarse del servicio y del vínculo que lo ata a su empleador, y esta manifestación de voluntad debe estar libre de presiones y espontánea.

En ese sentido, se tiene que, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia aplicable, la renuncia es un acto formal, respecto del cual la voluntad se constituye en un elemento esencial que no puede encontrarse viciado por algún tipo de presión, coacción o engaño e incluso de sugerencia alguna.

Consecuente con lo manifestado, en sentencia SL 1352 de 2020, esa Alta Corte identificó las diferencias entre la renuncia inducida y el despido indirecto, al indicar:

«Debe precisarse inicialmente, ante la evidente confusión del Tribunal, que los conceptos “renuncia inducida o sugerida” y el “despido indirecto o auto despido”, son totalmente independientes y con caracteres bien definidos.

En el primero de los eventos señalados, la libre y espontánea voluntad del trabajador encaminada a obtener el rompimiento del vínculo

contractual, a que debe obedecer toda renuncia, se encuentra viciada por actos externos, tales como la fuerza o el engaño. Actos que, como se ha dicho, cuando provienen del empleador lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento (sent. mayo 31 de 1960, G.J. PAG. 1125). No se requiere, en este caso, que a la terminación del contrato el trabajador manifieste los verdaderos motivos que lo inducen a renunciar; pero, en el eventual proceso sí tiene la carga de demostrar que su voluntad estuvo viciada al momento de romper el vínculo contractual por una cualquiera de estas conductas asumidas por el empleador.

(...)

En ambos casos, como es el trabajador quien exterioriza una voluntad dirigida a finiquitar la relación contractual, es quien corre con toda la contingencia de demostrar, o que su real voluntad se vio afectada por actos externos y eficientes de su empleador tendientes a obtener su dimisión y que, por lo tanto, es el verdadero gestor de la terminación de contrato, caso en el cual se estaría frente a una renuncia inducida o constreñida; o que, su empleador incurrió en cualquiera de las causales de terminación del contrato contempladas en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, señaladas en la carta de renuncia.»

A su vez la sentencia SL 3089-2014, señaló como efectos de la renuncia sugerida lo siguiente:

«Sobre los efectos de la renuncia presentada con vicios del consentimiento:

Asentó en dicha oportunidad esta Corte:

(...)

De lo anterior fluye que la renuncia presentada como resultado de la irresistible presión ejercida por el empleador, es una declaración de voluntad que adolece de un vicio del consentimiento, por tanto no ha de producir efectos; es decir, para ser más exactos en esta oportunidad, conforme al artículo 1740 del CC, el acto es nulo y, al ser declarada judicialmente nula la renuncia, en los términos del artículo 1746 ibídem, las partes tienen el derecho «para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...», lo que equivale concluir que el contrato de trabajo no finalizó a consecuencia de la nulidad de la renuncia.»

Ahora, descendiendo al sub judice, se evidencia del interrogatorio rendido por el accionante que encuentra respaldo en los testimonios absueltos, que el 18 de julio de 2015, el señor FREDY REYES, se presentó en el domicilio del demandante, afirmando ser un intermediario de TEODULFO DAZA, quien es el representante legal de la sociedad demandada A&D CONSTRUCCIONES. Ahora bien, no se observa en el

plenario o en las pruebas recaudadas, evidencia alguna que permita establecer que el señor FREDY REYES, no fuera trabajador de la demandada, o que no haya acudido ante el actor en calidad de representante de la sociedad, es más, el representante legal de la demandada, se limitó a señalar que el señor FREDY REYES, fue trabajador de ellos hace muchos años, y que DANIEL ÁVILA, era otro representante de A&D CONSTRUCCIONES; sin embargo, no existe claridad por parte de este en cuanto a cómo conoció de la renuncia del actor, pues ni siquiera fue presentada liquidación del contrato de trabajo con su respectivo comprobante de pago, que permitiera desvirtuar lo indicado por el demandante, pues lo allegado fue una tirilla de EFECTY, de donde se desprende el pago de DOS MILLONES CIEN MIL PESOS, sin que se pueda afirmar que el pago corresponde a la liquidación del actor, ya que equivale a un valor totalmente diferente al visto a folio 170, en la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$1.743.226). Inclusive, lo que sí se evidenció, fue que allegó carta de renuncia del actor en original, sin esclarecer o explicar cómo llegó esa carta a las instalaciones de la empresa, teniendo en cuenta que para esa fecha el actor se encontraba incapacitado y había sido intervenido quirúrgicamente tan solo un (1) día antes a la presentación de esa dimisión, lo cual a todas luces, se presenta como un hecho notorio que con alta probabilidad de verdad indica que no fue o no pudo ser el actor quien la presentó en las instalaciones de la empresa.

De otro lado, al analizar las condiciones físicas del demandante, esto es, su delicado estado de salud, la necesidad de adquirir medicamentos y terapias, así como la necesidad de su sustento diario, forzoso resulta entender que no podría este, por su propia voluntad, renunciar a la fuente de ingresos con la que contaba para esa calenda y menos en las condiciones que insiste la demandada se tengan por ciertas.

Conforme a lo anterior, innegable resulta revocar la sentencia de primera instancia, en tanto se advierte la inexistencia de aquella expresión libre, espontánea y veraz en la dejación del cargo por el señor JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en tanto permiten concluir que la rúbrica impuesta a la misiva adosada a folios 81 y 167 del plenario, fue consecuencia directa de una presión impuesta por parte del empleador, en la medida en que la renuncia fue inducida al encontrarse el demandante en un estado precario de salud y de debilidad manifiesta, debido a sus padecimientos físicos y a la necesidad de un ingreso a fin de solventar sus necesidades, pero en manera alguna la manifestación de terminación de la relación contractual de manera unilateral por su parte, pudo obedecer en ese contexto a una manifestación de su libre y espontánea expresión de voluntad.

Así las cosas, se evidencia que la demandada al elaborar la carta de renuncia para que fuera suscrita por el actor, no solo denota la mala fe del empleador, sino que conlleva a dar por demostradas las pautas jurisprudenciales traídas a colación anteriormente, para entender que la renuncia ha sido inducida, y revestida de engaños, y que además existió falta de voluntad y espontaneidad, como quiera que se encontró viciada por actos externos tales como las amenazas de iniciar procesos en contra de él por haberse presentado a laborar estando incapacitado, y al indicarle que no pagarían su liquidación conociendo la necesidad económica del actor ante su estado de salud.

Razones por las cuales, al vislumbrarse que el suceso precedió de coerción y provocado por su empleador, quien además elaboró el documento que luego fuera suscrito por el trabajador y que aparece presentado en las instalaciones del empleador estando este se encontraba incapacitado al haber sido intervenido quirúrgicamente tan solo un (1) día antes, dan lugar a la sanción impuesta, pues no puede olvidarse que en ámbito de las relaciones laborales enmarcadas y direccionadas por un orden jerárquico como el advertido en el devenir procesal, las alusiones referentes al hecho de entablar denuncias y a no cancelar las obligaciones laborales a las que el trabajador tiene derecho, implican de contera una alusión vinculante de coerción para quien se encuentra subordinado, como en este caso es el señor JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Así las cosas, tal como lo determinó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia citada, no existió una renuncia voluntaria y libre, y en consecuencia, se revocará lo dispuesto por el A quo, en este sentido. Ahora bien y sin perjuicio de la anterior definición, se hace necesario entrar al análisis del ámbito de protección de la Ley 361 de 1997 a efecto de determinar su eventual procedencia en este asunto, de cara a la eventual imposición de las sanciones que ella establece, para lo cual, esta sala estima que respecto a este fuero de

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de

determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al mes de 18 de julio de 2015 (fl. 81 y 167).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando

una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas al caso concreto, considera esta Sala de Decisión que toda persona que considere encontrarse bajo el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y solicite su aplicación, ya no debe acreditar que se encuentra dentro del porcentaje de una limitación calificada siquiera como moderada, por lo que solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el estado de salud de la trabajador y el despido o la desvinculación laboral de que fue objeto y, que el empleador conociera previamente de dicha limitación.

Conforme a lo anterior, es claro para la corporación que el demandante debe acreditar que hay una limitación o afectación en su estado de salud para ejercer la labor que venía ejecutando normalmente, y que el empleador conocía de ella previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar la protección de la Ley 361 de 1997, lo cual es consecuente con la fuerza vinculante de las sentencias de exequibillidad de la Corte Constitucional sobre el ámbito de aplicación de la norma que se invoca y la sentencia de unificación mencionada.

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión, el debate del asunto se centra en establecer, si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, el actor JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ se encontraba en estado de limitación física que le impidiera sustancialmente el desempeño regular de la labor; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que el demandante suscribió carta de renuncia el 18 de julio de 2015 (fl. 81 y 167), lo que permite concluir que desde la calenda citada hacía atrás se debe establecer si el actor contaba con algún tipo de discapacidad o disminución en su estado de salud o tratamiento alguno en virtud de la misma que lleve a inferir que su estado de salud pudo dar lugar a la terminación de contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez revisada la documental aportada a folios 46-80, es claro que el demandante desde el mes de junio de 2015, venía presentando una afección denominada «Artrosis severa de rodilla izquierda», y que necesitaba cirugía para reemplazo articular; que previo a la firma de la carta de finalización de su contrato de trabajo, había sido sometido a cirugía de rodilla el día 17 de julio de 2015, es decir, un día antes de su dimisión. Aunado a lo anterior, se pudo establecer que su empleador conocía de las afecciones del actor, de acuerdo a como se observa a folios

89, cuando manifestó en Acta de No Acuerdo No. 1825, «no existe animo conciliatorio, él estaba ya enfermo cuando entró a trabajar y no se puede responder por él», y asimismo de las incapacidades de acuerdo a las liquidaciones remitidas por la EPS SALUDCOOP a la demandada A&D CONSTRUCCIONES, visibles a folios 49, 53, 55 y 57.

En ese orden de ideas, del anterior barrido probatorio, se palpa con meridiana claridad, que la demandada tenía conocimiento del deficitario previo estado de salud del actor, por lo cual considera esta Sala de Decisión que no podía ser despedido, presionado a renunciar o terminado su contrato sino con previa autorización del Ministerio del Trabajo.

Así las cosas, concluye diáfananamente la Corporación que la entidad demandada no logró probar que la finalización del contrato de trabajo no obedeciera al estado deficitario de salud del demandante, con lo que la presunción a su favor queda confirmada en la medida que se acredita que en efecto existió presión sobre este para presentar renuncia, y así finalizar la relación laboral no por su espontanea manifestación sino por voluntad de su empleador. En virtud de lo anterior, esta Sala condenará a la demandada al pago de TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CUARENTA PESOS (\$3.866.040), por concepto de indemnización de 180 días consagrada en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, autorizando a la demandada para que descuente la suma de DOS MILLONES CIEN MIL PESOS (\$2.100.000) pagada al actor, como quiera que fue propuesta la excepción de compensación por la demandada A&D CONSTRUCCIONES S.A.

Igualmente, se condenará a la demandada a REINTEGRAR al trabajador JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, a un cargo en iguales o superiores condiciones al que venía desempeñando, atendiendo las recomendaciones medico laborales que haya determinado la E.P.S. correspondiente. Consecuencialmente, se condenará a la demandada, a realizar todos los pagos pendientes por concepto de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social pensiones, desde el momento de la finalización del contrato de trabajo (18 de julio de 2015) hasta el momento en que sea reintegrado efectivamente.

Para finalizar, la Sala absolverá a los demandados JUVENAL DANIEL ÁVILA MURCIA, TEODULFO DAZA RODRÍGUEZ, SÁENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A, PABLO SÁENZ CARDONA, AMALIA ACEVEDO DE SÁENZ, JULIÁN RUIZ LÓPEZ DE MESA y LUIS EDUARDO CADENA CORRALES, de todas las prestaciones incoadas en su contra, al no encontrarse demostrada su responsabilidad

frente a las pretensiones del demandante. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada A&D CONSTRUCCIONES LTDA, a REINTEGRAR al señor JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, a un cargo igual o superior al que ocupaba al momento de la finalización del contrato de trabajo, es decir, desde el 18 de julio de 2015, conforme lo expuesto en precedencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada A&D CONSTRUCCIONES LTDA, a pagar al demandante JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ los salarios dejados de percibir, prestaciones sociales y aportes a seguridad social pensiones, desde el 18 de julio de 2015, y hasta que sea reintegrado en los términos del ordinal anterior.

CUARTO: CONDENAR a la demandada A&D CONSTRUCCIONES LTDA, a pagar al demandante JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CUARENTA PESOS (\$3.866.040) por concepto de indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

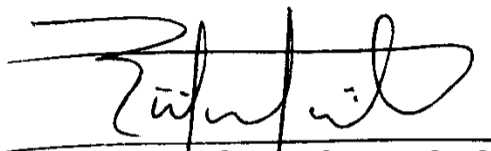
QUINTO: AUTORIZAR a la demandada A&D CONSTRUCCIONES LTDA, descontar la suma de DOS MILLONES CIEN MIL PESOS (\$2.100.000), pagada al demandante según folio 171 del plenario.

SEXTO: ABSOLVER a los demandados JUVENAL DANIEL ÁVILA MURCIA, TEODULFO DAZA RODRÍGUEZ, SÁENZ RUIZ CADENA INGENIEROS CIVILES S.A, PABLO SÁENZ CARDONA, AMALIA ACEVEDO DE SÁENZ, JULIÁN RUIZ LÓPEZ DE MESA y LUIS EDUARDO CADENA CORRALES, de todas las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada A&D CONSTRUCCIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

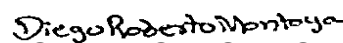
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ ELENA CORREA VARGAS contra QUIMICAPAN LTDA. 11001 31 05 009 2019 00460 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 03 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora LUZ ELENA CORREA VARGAS a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de QUIMICAPAN LTDA; con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo real; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las sumas por concepto de: seguridad social en salud y pensión; cesantías e intereses de las mismas correspondientes a los años 2016 a 2019; la indemnización por mora en el pago de las cesantías; primas de servicios promediadas; vacaciones; además de la indemnización por terminación de contrato con justa causa por parte del trabajador; de la sanción moratoria por el no pago de la liquidación; y los salarios insolutos por \$5'460.000, junto con el salario básico del mes de junio (17 días) de \$1'246.666; así como a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que se vinculó mediante un contrato de «prestación de servicios» con la compañía QUIMICAPAN LTDA, desde el 01 de septiembre de 2011, por un término de 12 meses prorrogables

automáticamente; que el salario pactado fue de \$400.000, junto con viáticos, y el 2% sobre las ventas que realizara, pagados mediante un cheque los ocho días calendario posteriores a la presentación de una cuenta de cobro. Preciso que entre sus funciones se encontraban las de: rendimiento mensual de informe de gestión, consecución de nuevos clientes, mantenimiento de los clientes existentes, comunicación permanente con la empresa y con los clientes, toma de pedidos de los clientes, cobro de cartera, visita a los clientes a nivel nacional; todo ello bajo subordinación del señor NOEL EMIRO GÓMEZ gerente de empresa. En ese orden, señaló que el contrato nunca se modificó, convirtiéndose en un contrato laboral cierto, con todas sus características. Agregó que el 13 de junio de 2019, la accionada extendió carta de terminación del contrato; y que el 17 de junio de 2019, presentó ante la empresa carta de renuncia. Preciso que el cargo desempeñado fue el de Directora Comercial, el cual realizó de forma personal y subordinada, obedeciendo instrucciones y cumpliendo el horario de trabajo establecido por el patrono, sin embargo, la accionada nunca realizó la afiliación a seguridad social, o a un fondo de cesantías; además indicó que adeuda las vacaciones de los 2.825 días laborados; concluyó que el salario devengado durante los últimos tres años fue de \$1'700.000, más un promedio de comisiones de \$500.000, para un total de \$2'200.000 mensuales (fls. 52 a 59).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

QUIMICAPAN LTDA, dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentó que la contratista, no cumplió con los requisitos de un contrato laboral, por cuanto no era subordinada, como tampoco cumplía con horario, ni prestaba personalmente el servicio, sólo cuando ella lo deseaba; explicó que la demandante pasaba su cuenta de cobro para el pago de sus respectivos honorarios, de los cuales afirmó la empresa no le adeuda suma alguna; reitero que nunca existió una relación laboral, ya que la desarrollada no contiene los elementos del artículo 23 del código sustantivo del trabajo. No presentó excepciones (fls. 140 a 144).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 03 de diciembre de 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, resaltó la existencia de la presunción legal, de que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien alega la existencia de esta, precisando que para

el caso en concreto la prestación personal de los servicios de la demandante era constatable a través del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 10 de octubre de 2011; no obstante explicó que la presunción legal que operó en este caso, logró ser destruida con los medios de convicción allegados, tales como correos electrónicos, con los cuales se demostró que las labores encomendadas a la demandante se ejecutaron con autonomía propia de los contratistas independientes; sumado a ello, de los mensajes de datos aportados, se desprendía que la demandante se comunicaba directamente con los clientes sin que se advirtiera interferencia en dicha gestión respecto de las instrucciones del modo que debería ejecutarse la misma, por parte de algún representante de la compañía. Adicionalmente en el interrogatorio de parte practicado a la demandante, resaltó que no se impuso por parte de la demandada exigencia en cuanto al volumen de ventas, de manera que no existía en cuanto a la cantidad de trabajo; igualmente manifestó que la demandante admitió que era la persona que se entendía con los clientes, y que al preguntarle si requería por la empresa el cumplimiento de un horario su respuesta resultó evasiva, y luego señaló que así era porque el señor EMIRO la llamaba desde las 8am hasta las 10pm, asimismo refirió que no habían metas específicas pero que ella y el señor EMIRO debían trabajar por una metas. Del mismo modo, resaltó de las testimoniales recibidas, que las deponentes no les constaba de manera personal, el modo en que se ejecutó la prestación por parte de la demandante, y sólo refirieron haberla visto pocas veces en la empresa y que esta no contaba con una oficina o no tenía horario; resaltó lo dicho por MARIA CRISTINA HERNANDEZ -sub gerente, relativo a que la actora trabajaba allí, para precisar que ello no conducía a concluir la existencia de un vínculo de naturaleza laboral, máxime cuando a la misma no le consta el modo en que se cumplieron las tareas asignadas; por lo que concluyó que la demandante prestaba sus servicios como vendedora con total independencia y autonomía en su modo de trabajo, máxime cuando sugería o instaba a su contratante sobre la manera en que debían llevarse a cabo ciertas actividades, desvirtuando el elemento de la subordinación.

APELACIÓN

El apoderado judicial de la accionante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación; argumentó que está plenamente demostrada la subordinación de la demandante con la empresa; así como que la demandante recibía dineros como retribución por las funciones que personalmente realizaba para la empresa, que se demostró que si tenía horario, y que el contrato de prestación de servicios no es infinito razón por la cual, mutó a un contrato de trabajo real, toda vez que había subordinación; agregó frente a la afirmación de que «no es suficiente prueba que el

señor EMIRO envíe a la accionante a las reuniones con sus clientes presentándola como la directora comercial de la empresa», que ello es una prueba fehaciente.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo realidad entre la Señora LUZ ELENA CORREA y QUIMICAPAN LTDA, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que acarrea.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado y no es objeto de controversia que la demandante efectivamente prestó su servicios personales a favor de la sociedad demandada efectuando «asesoría técnica comercial en la gestión de comercialización y venta del producto denominado COLOR CAMELO y de otros productos que formen parte del portafolio», tal como se ratifica con las pruebas arrojadas a los autos, en especial el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, los testimonios rendidos, así como el contrato de prestación de servicios de folios 03 a 06 y 133 a 136, por ello resulta evidente que la prestación personal del servicio se encuentra acreditada, razón por la cual, tal como se determinó en la decisión de primer grado, se activó la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de conformidad con el artículo 24 del C.S.T., por lo tal motivo, le correspondía a la parte demandada desvirtuarla, lo cual se pasará a estudiar a continuación.

Pues bien, en los términos contractuales pactados, se acredita el contrato de prestación de servicios, inicialmente suscrito por la actora obligándose principalmente a «brindar al CONTRATANTE, asesoría técnica comercial en la gestión de comercialización y venta del producto denominado COLOR CAMELO y de otros productos que formen parte del portafolio de servicios del CONTRATANTE. Las ventas realizadas por LA CONTRATISTA se llevarán a cabo a través de la infraestructura empresarial del CONTRATANTE cuando por el volumen y negociación lo amerite y por otra parte la CONTRATISTA realizara ventas directamente por su infraestructura empresarial ADALQUIMICOS COLOMBIA S.A.S.»; indicándose que las obligaciones de la actora como contratista consistían «1.- Brindar su experiencia, contactos y conocimiento por más de catorce (14) años en el sector el sector de alimentos y químicos , para cumplir en debida forma con el objeto de este contrato. 2.- Rendir un informe mensual al CONTRATANTE sobre la gestión realizada, y específicamente sobre las personas contactadas, viajes, muestras remitidas y entregadas y el resultado de las mismas, las expectativas del negocio a celebrar, considerando el precio, proveedor, condiciones comerciales, volumen, etc. 3.- Presentar la cuenta de cobro al CONTRATANTE, para la cual éste le brindará información sobre los pedidos realizados, facturas y órdenes de compra de los clientes conseguidos por LA CONTRATISTA», también se indicó que el contrato de prestación de servicios, estaba regido por las normas civiles, comerciales y demás disposiciones pertinentes y que en ningún caso el contratante, tendría relación laboral alguna con la

contratista; sin embargo, como justamente lo que se predica es la declaración de un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, es necesario seguir auscultando el acervo probatorio, con la finalidad de determinar si a pesar de la suscripción del aludido texto contractual, en la realidad material de su ejecución se observaron los elementos configurativos de un contrato de trabajo.

Al efecto, se tiene que además del aludido contrato se evidencian las siguientes pruebas documentales:

- Carta de terminación del contrato de prestación de servicios dirigida a la actora por parte del Representante Legal de Quimicapan Ltda., fechada 13 de junio de 2019 (Fls 07 y 139).
- Carta dirigida a la accionada por parte de la accionante indicando que renunciaba irrevocablemente y con justa causa al cargo de Directora Comercial, el 17 de junio de 2019 (Fls. 8 y 139).
- Impresiones de correos electrónicos enviados por la demandante solicitando muestras y cobrando comisiones; comunicaciones relacionadas con ventas realizadas e informes solicitudes (Fls. 12 a 13, 17 a 30 y 39 a 43).
- Documentos relacionados con, al parecer, ventas realizadas por parte de la actora en los años 2016, 2017, 2018, sin embargo, no se indica de donde proviene tal información. (Fls 14 a 16, 33 a 38)
- Copia de cheques con pagos realizados a la demandante (Fls 44 a 46).
- Cuentas de cobros, comprobantes de egreso relacionados con pagos realizados a la demandante desde septiembre de 2011 a junio de 2019. (Fls 75 a 132).

Por otro lado, se tiene el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la accionada, señor NOEL EMIRO GOMEZ, en el cual negó que la demandante haya sido la Directora Comercial de la empresa, por el contrario, adujo que ella atendía a los clientes únicamente del producto «color de caramelo», no de las ventas totales de la compañía; recordó que en una reunión promovida por BIMBO se encontraba ocupado, y para esa ocasión le pidió el favor a la señora LUZ ELENA que asistiera a la reunión, pero no como gerente comercial; informó que entre las partes, se firmó un contrato de prestación de servicios con un básico y comisiones de acuerdo a las ventas; reconoció que la demandante realizaba informes de su gestión, cada vez que se reunían esporádicamente sobre los clientes que habían llegado, aproximadamente cada mes o cada mes y medio; que los honorarios se le pagaban elaborando un cheque, y que cuando la demandante viajaba en nombre de la

compañía a visitar los clientes, era la compañía quien pagaba los viáticos, especialmente los pasajes aéreos; cuando se le preguntó si vínculo a la demandante a la seguridad social, manifestó que no lo hizo porque firmaron un contrato de prestación de servicios, y era obligación de la demandante presentar los recibos de los parafiscales, evento que precisó nunca ocurrió, que previo al pago de sus honorarios, se le exigía de manera verbal que presentara las planillas de pago de seguridad social, sin embargo, la demandante manifestaba que no tenía el dinero para pagarlo; que en los 9 años que le pagó los honorarios no se acogió nunca a cumplir ese mandato de ley; recalcó que por ese motivo cancelaron ese contrato de servicios, situación que quedó consignada en la carta de cancelación del contrato. Indicó que la demandante para el desarrollo de su contrato hacía una proyección de a qué clientes visitaba y en qué momento, luego ella le reportaba los resultados de esa visita, en ocasiones le pedía que le enviara muestras del producto «color de caramelo», que reiteró fue para lo que inicialmente se pactó en ese contrato, que era para buscar crecer ese producto, aseveró que él procedía a ordenar la preparación de esas muestras y enviárselas a los clientes; anotó que el tiempo y el modo en que ella trabajaba respecto a los clientes era potestad de ella. Señaló que la señora LUZ ELENA nunca tuvo una oficina asignada, que recibió reuniones en la oficina de él, y subrayó que era el único momento que ella estaba en la empresa, para lo demás, ella manejaba su tiempo; recalcó que nadie le impartía órdenes en la empresa.

Respecto a la prueba testimonial, la señora MARIA CRISTINA HERNANDEZ, quien dijo ser la gerente de la empresa demandada desde hace 25 años, microbióloga especializada en tecnología de alimentos y esposa del dueño de la empresa QUIMICAPAN; declaró conocer a la demandante porque ella trabajaba en la empresa, sin embargo no recordó de qué época a qué época, del mismo modo, advirtió que no sabe cómo la señora LUZ ELENA ejecutó la prestación de los servicios, que la veía en la empresa, pero no sabe qué clase de contratación tenía, así mismo dijo desconocer si la demandante cumplía un horario; que la veía muy esporádicamente en la empresa, cuando iba para reclamar el cheque; detalló que como sub gerente cumplía un horario de 8.30am a 4:30pm; que la demandante no cumplía horario, y era autónoma para desarrollar sus funciones porque hacía lo que quería; concluyó que nunca la vio desarrollando sus labores.

De igual manera la señora CLAUDIA PILAR PULIDO CRUZ, manifestó que trabajó en la parte contable de la empresa en los años 2014 al 2018, que conoció a la demandante porque ella le realizaba el pago de los honorarios, que la señora LUZ ELENA fue contratada para el área comercial, su labor era visitar a los clientes, sostuvo que la labor que desarrollaba no la ejecutaba en las instalaciones de la compañía, resaltó que ella iba una vez al mes, y que no tenía oficina en

QUIMICAPAN, destacó que al ser la persona encargada de realizar los pagos, le requería constantemente a la demandante el pago de los parafiscales, a lo que respondía que ella hablaba directamente con don EMIRO, sin embargo detalló que nunca los presentó, que de buena fe, se esperó que los llevara, pero nunca lo hizo; aseguró que en su labor (la de la testigo) cumplió un horario en QUÍMICAPAN todos los días de lunes a viernes de 08:00 am a 01:00 pm o a veces estaba el día completo, y que no vio que la demandante cumpliera un horario; señaló que la demandante era autónoma, porque no asistía a la empresa a recibir instrucciones, tampoco asistía todos los días a la empresa y la relación directa era con don EMIRO; aseverando que le comunicó a este y a la misma actora, que debía pagar los parafiscales porque ello tendría una causa en el caso contable, y que no sería posible seguirle pagando a la señora LUZ ELENA; agregó que junto a sus honorarios le liquidaba las comisiones o ventas de los clientes que ella tenía a cargo; precisó que don EMIRO era el contratante, que cuando la señora LUZ ELENA iba, se reunían en la oficina de este y la llamaban para liquidar el pago de la demandante.

Por su parte, la señora SANDRA YALIBE, manifestó ser auxiliar de producción de QUIMICAPAN desde el 19 de mayo de 2015, declaró conocer a la demandante, porque la vio en 2 o 3 ocasiones al abrirla la puerta de QUIMICAPAN, precisando, esta llegaba y necesitaba a don Emiro; añadió que en el tiempo que permaneció en la empresa, no vio que la demandante ejerciera alguna labor; y que no le consta si esta cumplía un horario como tampoco le consta si era subordinada.

De igual modo, la actora rindió interrogatorio de parte, en el cual manifestó que fue contratada por la empresa QUIMICAPAN para ser la directora comercial, atendiendo inicialmente para el manejo y abrir el mercado de un producto llamado «color caramelo», labor que aseguró realizar hasta junio del año pasado; explicó que ella a nivel nacional realizó los contactos de clientes, e hizo nuevos mercados, de lo cual presentaba informes diarios a don Emiro, de acuerdo a las instrucciones que él le daba, insistió que le rendía permanentemente un informe de cada cliente que manejaba a nivel nacional. Aseveró que el señor Emiro le indicaba como manejar entregas cotizaciones y muestras, así como a qué clientes debía hacer fuerza para hacer la venta. Explicó que le insistía todos los días en que debía llamarle a los clientes hasta que se hiciera el negocio. Reconoció que unos clientes insistía don EMIRO y que otros los llevaba ella misma; detalló que posteriormente les hacía estudios de mercado, les entregaba muestras de otros productos como el polvo para hornear y otros productos que estaban en desarrollo; detalló que se entendía con los clientes previo a hablar con don EMIRO porque él decía que algunos clientes no le interesaban, comentó que él la guiaba, y que permanentemente hablaban de cada paso que iba a dar con un cliente; aseguró que en algunos momentos desarrollaba

su labor en la empresa, que se reunía en la oficina de don EMIRO para llamar a los clientes y cerrar negocios, conforme a las instrucciones que impartía don EMIRO para poder negociar. Resaltó que ella no tenía autonomía para decidir precios y que permanecía sujeta a lo que don EMIRO decía para cerrar el negocio; añadió que hablaban constantemente por teléfono, que ella recogía las muestras, que don EMIRO le entregaba cartas donde decía «por orden de mi directora comercial LUZ ELENA CORREA le estamos haciendo entrega de esta muestra de color caramelo» o cualquier otro de los productos del portafolio; resaltó que en todo tiempo hacía su labor, que a veces tenía que hacerlo desde casa, desde las 04:00 am debido a que sus labores generaban una constante entrega de informes, fichas técnicas de recomendaciones al cliente por escrito; explicó que no se estipuló ni presupuestó un volumen de venta, que don EMIRO la llamaba todos los días a las 8:00 am, y que su responsabilidad era estar atenta a la llamada para darle respuesta, en cuanto a la jornada de trabajo insistió que con la llamada que le hacía don EMIRO desde las 8 am iniciaba y terminaba hablando a las 5 o 6 de la tarde, respecto de la consecuencia porque no le contestara al señor EMIRO, precisó que le hacía llamados verbales de atención, del mismo modo anotó que este se molestaba si se demoraba en las reuniones por estar con los clientes, concluyó que la consecuencia era que no le entregaba el cheque de pago, y le decía que no le iba a pagar.

Así las cosas, una vez analizados los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, tal y como lo impone el artículo 61 del CPTSS, para la Corporación se encuentra desvirtuada la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST ya citado, pues no queda duda que la prestación del servicio por parte de la demandante no se dio en el marco de un contrato de trabajo, como quiera que las pruebas decretadas y practicadas en debida forma, desdibujan completamente la existencia de una relación subordinada.

En efecto, la valoración integral del acervo probatorio, incluidos los correos electrónicos, frente a los cuales debe decirse no fueron desconocidos por la accionada, y, si bien es cierto tal prueba no fue aportada conforme a las previsiones de la Ley 527 de 1999 no es menos cierto que los artículos 243 y 247 del GP permite tenerlos como prueba, lo que permite tenerlos como un documento más que así deberá evaluarse en su integralidad en el escenario del proceso en el que se aporten, por lo que no pueden desecharse de tajo, pues, incluso, en la sentencia T-043 de 2020, a este tipo de pruebas se les ha concedido el valor de prueba indiciaria, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba, de ahí que, claro es que aunque de las impresiones aportadas, al no tenerse certeza sobre su autoría o de quien provienen no pueden dárseles un valor probatorio absoluto,

sin embargo, no puede perderse de vista que de lo allí contenido confrontado con lo referido por los testimonios e incluso de los interrogatorios de parte, no puede extraerse que el contrato se haya desarrollado de forma subordinada, por el contrario son indicativos de una dinámica de ventas, por lo que la actora ejercía en forma autónoma el servicio para el cual fue contratada: promoción y venta del producto «color caramelo», aspecto que no está exento de informes por parte del contratista e instrucciones por parte del contratante, sumado al hecho que la demandante en el interrogatorio parte admitió que no tenía una cantidad de trabajo estipulada por parte de la empresa, no tenía una meta de ventas, así como el hecho de que era ella quien se entendía con los clientes, tampoco se le exigía un cumplimiento de horario, pese a indicar que el representante legal la llamada telefónicamente de 8 de la mañana a 10 de la noche, aspecto este último que desde luego no encuentra respaldo probatorio en el expediente. De modo que, como conclusión preliminar, se arriba al hecho que, si bien contaba con directrices, gozaba de plena autonomía para desarrollar la labor para la cual fue contratada.

Igualmente, en cuanto al espacio físico en que la actora prestaba sus servicios, este hecho no es presupuesto para tener por demostrado un vínculo laboral entre las partes, máxime cuando del testimonio de la señora MARIA CRISTINA HERNANDEZ se pudo observar que se veía esporádicamente a la demandante en la empresa y que era autónoma para desarrollar sus funciones, dicho corroborado por CLAUDIA PILAR PULIDO CRUZ quien sostuvo que la labor que desarrollaba la demandante no la ejecutaba en las instalaciones de la compañía, que por el contrario iba una vez al mes, lo que se corrobora de igual forma con lo dicho por SANDRA YALIBE al explicar que vio a la accionante solo en 2 o 3 ocasiones al abrirla la puerta de QUIMICAPAN. Desde luego que la mayoría de correos electrónicos analizados provienen de la demandante, incluido el hecho de denominarse directora comercial, así como el hecho de que otros de los documentos se desconoce su procedencia al carecer de firmas, por lo cual, no puede dárseles el valor probatorio que pretende el recurrente; sin que el hecho de habersele indicado, una vez terminó la contratación, que se abstuviera de contactar a los clientes, en modo alguno puede entenderse como subordinación, pues resulta lógico que al haber terminado la misma no pueda seguir desarrollando tal labor.

De otra parte, aunque es cierto que dicha relación contractual no fue efímera ni fugaz, sino, antes por el contrario, duradera y prolongada, en este caso específico, no puede deducirse de ello una relación de trabajo, pues como bien se explicó la realidad es que la demandante sí ejerció la labor personal de forma autónoma, de modo que, por esa única circunstancia, no es dable declarar un contrato de trabajo a falta del elemento subordinante, pues los demás, como el pago de una retribución

de un servicio, son propios de las relaciones contractuales y personales de carácter onerosa.

Al respecto, vale la pena traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL4143-2019, donde se explicó con claridad las características de las modalidades contractuales objeto de litis:

«Cuando el contratista es una persona natural, este convenio se encuadra en el marco genérico de los contratos de prestación de servicios. Y sobre el particular, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

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

En ese sentido, en el caso de marras, estima la Corporación que la labor desarrollada por la demandante se caracterizó por la independencia y autonomía que propia del contratista en la ejecución de la labor convenida con la empresa contratante, nótese que incluso, la única labor que desempeñaba la actora era la promoción y venta de un solo producto de la accionada, lo que, desde luego, descarta de plano que haya sido directora comercial de la misma.

De conformidad con lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

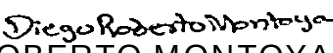
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA contra ASFALTO Y PARAFINA CIA LTDA Y OTROS. Rad. 110013105-015-2017-00460-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por cuanto la sentencia emitida el 10 de noviembre de 2020 por el Juzgado quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, resultó adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

El señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA por intermedio de apoderada judicial, instauró demanda ordinaria laboral, con la finalidad de que se declare que existió un contrato laboral verbal a término indefinido desde el 01 de noviembre de 1992 hasta el 27 de febrero de 2015 con HECTOR MARÍA CRISPIN LANDINEZ, SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ, JUAN CARLOS CRISPIN MARTINEZ, quienes obran como socios y responsables solidarios de ASFALTOS Y PARAFINA CIA LTDA, COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES TERRESTRES LTDA y COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS EN LIQUIDACIÓN. Que se declare que la terminación del contrato fue sin justa causa, que no recibió la liquidación conforme a la ley y que la COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS EN LIQUIDACIÓN es merecedora de la sanción contemplada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 por fraude a terceros y a las autoridades de trabajo. En consecuencia, se condene a las accionadas al pago de la indemnización por despido sin justa causa, los salarios

insolutos, la dotación, el auxilio de transporte, la prima de servicios, las cesantías e intereses. Asimismo, que se condene al pago de la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 100 de 1993 por la omisión de consignar las cesantías desde el 15 de febrero de 1993; al pago de los aportes a pensión desde el 01 de noviembre de 1992 hasta el 01 de septiembre de 1999; al pago de los aportes según el salario realmente devengado durante el periodo comprendido entre el 01 de noviembre de 1999 al 27 de febrero de 2015; al pago de la indemnización por falta de pago de cotizaciones a seguridad social e intereses moratorios desde el 01 de noviembre de 2001. Que se condene al pago de dichas sumas debidamente indexadas, junto con los intereses moratorios desde la fecha de su causación hasta que se efectúe el pago, lo Ultra y Extra Petita y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, inició a trabajar mediante contrato verbal con HECTOR MARIA CRISPIN LANDINEZ, desde el 01 de noviembre de 1992, para desempeñar las funciones de auxiliar operativo, bajo la subordinación de HECTOR MARÍA CRISPIN LANDINEZ, SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ y JUAN CARLOS CRISPIN MARTINEZ, socios y encargados de coordinar la operaciones de las empresas de transporte para las cuales laboró, es decir, ASFALTOS Y PARAFINA CIA LTDA, COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES TERRESTRES LTDA y COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS EN LIQUIDACIÓN. Que laboró en un horario de lunes a viernes desde las 7:00 am hasta las 7:00 pm devengando un salario de \$1.053.500, pago efectuado por HECTOR MARÍA CRISPIN LANDINEZ, SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ y JUAN CARLOS CRISPIN MARTINEZ, a través de las sociedades demandadas, hecho, que a su juicio, se debió a que aquellos no querían responder por sus obligaciones laborales. Aseveró que el 15 de febrero de 2015, la señora LILIANA CRISPIN MARTINEZ le entregó una carta con membrete de la COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS EN LIQUIDACIÓN, por medio de la cual fue notificado de la terminación sin justa causa del contrato y de la indemnización que recibiría. Explicó que no fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social durante el periodo comprendido entre el 01 de noviembre de 1992 hasta el 01 de septiembre de 1999, que no recibió el pago completo de los salarios de mayo de 2014 a febrero de 2015, ni de las cesantías e intereses, ni del auxilio de transporte, ni las primas de servicios, así como tampoco disfrutó de vacaciones remuneradas desde el 27 de febrero de 2011 hasta el 2015, ni obtuvo dotación o vestido por parte de los empleadores. Adujo que pese a que sus empleadores afirmaron que le pagarían lo debido, nunca recibió el pago de la indemnización por despido sin justa causa, ni la indemnización moratoria desde el 01 de noviembre de 1992, ni la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990

por la no consignación de cesantías. Agregó que en febrero de 2017 se enteró de que la sociedad COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS estaba en proceso de liquidación, por lo cual, en esa fecha se vinculó como acreedor extemporáneo, sin embargo, la liquidadora ELSY ESPERANZA ESTEVEZ NUÑEZ le manifestó que no habían recursos para pagar las acreencias laborales. Concluyó asegurando que los demandados siguen operando con total normalidad a través de las sociedades ASFALTOS Y PARAFINA CIA LTDA y COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES TERRESTRES LTDA (fls. 71 a 111).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SANDRA LILIANA CRÍSPIN MARTÍNEZ por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que, existieron varios contratos laborales con solución de continuidad, el primero, celebrado entre el demandante y la sociedad COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES TERRESTES LTDA desde el 01 de junio de 1989 hasta el 24 de abril de 1992; el segundo, celebrado entre las mismas partes desde el 16 de septiembre de 1992 hasta el 30 de agosto del año 2000; el tercero, entre el demandante y la sociedad ASFALTOS Y PARAFINA Y CIA LTDA durante el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 2000 y el 12 de marzo de 2002; el cuarto, entre el actor y COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES TERRESTES LTDA, desde junio de 2002 hasta el 01 de febrero de 2005 cuando fue sustituida por la COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS EN LIQUIDACIÓN, con la cual laboró hasta el 27 de febrero de 2015. Argumentó que no se debe nada al actor por concepto de los primeros cuatro contratos, en razón a que finalizaron por su renuncia y a que se encuentran prescritas todas las acciones tendientes a reclamar derechos laborales. Con respecto al último contrato con la COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS EN LIQUIDACIÓN, arguyó que el accionante debió comparecer a tiempo al proceso de liquidación de tal sociedad con la finalidad de cobrar lo debido por el despido sin justa causa, tal como hicieron los demás trabajadores. Aclaró que el demandante siempre devengó un salario mínimo legal mensual vigente, que su horario fue de ocho horas diarias y que en caso de haber laborado por más tiempo, lo hizo sin autorización y sin prueba alguna de que así haya sido. Agregó que no se debe al actor suma alguna por salarios, cesantías, intereses de las cesantías, dotación, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, aportes a seguridad social, ni indemnizaciones, y más allá, afirmó que tales sumas no son obligaciones a cargo de las personas naturales. Propuso como excepciones de fondo las de, «falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la demandada Sandra Liliana Crispín Martínez», «inexistencia de la obligación a cargo de la demandada

persona natural Sandra Liliana Crispín Martínez y a favor del demandante por carencia de causa y objeto, y como consecuencia cobro de lo no debido» y «excepción de prescripción» (fls.221 a 239).

A su turno HECTOR MARIA CRISPIN LANDINEZ, dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, nunca fue empleador del demandante y que si se presentó subordinación se debe solo a que es socio de algunas empresas en las cuales aquel laboró. Aclaró que el actor celebró por escrito varios contratos a término indefinido, sin que se presentara coexistencia de contratos o de empleadores y que no es dable asegurar que se trata de una sola sociedad y menos que los socios individualmente considerados deben responder por acreencias laborales, solo porque las sociedades demandadas tienen socios en común. Manifestó que las sociedades demandadas pagaron de forma correcta todas las acreencias laborales, incluyendo salarios, dotaciones, auxilio de transporte, cesantías e intereses, vacaciones, primas de servicios y aportes a seguridad social. Resaltó que no procede condena alguna por concepto de indemnización moratoria, indexación o intereses moratorios, máxime por ser incompatibles estos dos últimos. Agregó que al finalizar el contrato celebrado con la COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS, hoy en liquidación, se le manifestó al demandante que no había capital suficiente para pagar la indemnización por despido sin justa causa, situación que aceptó y en señal de ello, firmó. Con respecto a la sanción del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, replicó que la Jurisdicción Ordinaria Laboral no es competente para conocer de tal pretensión. Formuló como excepciones de fondo, las de, «inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de Héctor María Crispín Landinez», «cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe de Héctor María Crispín Landinez», «mala fe del demandante», «compensación» y «genérica» (fls. 290 a 304).

Igualmente la sociedad COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES TERRESTRES LTDA-TRANSPORTES CETTA LTDA, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, suscribió dos contratos con el demandante, uno vigente desde el 16 de septiembre de 1992 hasta el 30 de agosto de 2000, fecha en la que presentó la renuncia y otro con fecha del 03 de junio de 2002, finalizado el 01 de febrero de 2005 cuando operó la sustitución patronal con la sociedad COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS. Añadió que es improcedente asumir que las sociedades demandadas son una sola o que los diferentes contratos fungen en uno solo, por argumentar que tienen socios en común. Explicó que durante la vigencia del vínculo laboral afilió al demandante al Sistema General de Seguridad Social y que al

final de la primera relación laboral pagó al accionante la liquidación incluyendo prestaciones sociales, liquidación, que fue aceptada por el actor y en señal de ello, la firmó. Frente a la segunda relación laboral manifestó que, al haber operado una sustitución patronal, la sociedad COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS era la obligada a pagar todo lo atinente a las acreencias laborales del actor. Propuso como excepciones de fondo, las de, «inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de Transportes CETTA LTDA», «cobro de lo no debido», «pago», «prescripción», «buena fe de Transportes CETTA LTDA», «mala fe del demandante», «compensación», «carencia de título para pedir» y «genérica» (fls. 384 a 402).

Por su parte, la sociedad ASFALTOS Y PARAFINA CIA LTDA, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, solo suscribió un contrato laboral con el demandante, vigente desde el 01 de septiembre de 2000 hasta el 12 de marzo de 2002, fecha en la cual el actor presentó renuncia. Añadió que el hecho de que las sociedades demandadas tengan socios comunes, no permite deducir que aquellas conforman una sola sociedad o que los contratos laborales celebrados con el actor desembocan en una sola relación laboral. Aclaró que durante la vigencia de la relación laboral, pagó de forma oportuna todas las acreencias laborales al accionante, incluidos salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social, así como la liquidación al finalizar el contrato. Aseveró que a pesar de haber pagado todas las acreencias laborales al actor, cualquier derecho laboral se encuentra prescrito. Propuso como excepciones de fondo, las de, «inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de Asfaltos y Parafina LTDA», «cobro de lo no debido», «pago», «prescripción», «buena fe de Asfaltos y Parafina LTDA», «mala fe del demandante», «compensación», «carencia de título para pedir» y «genérica» (fls. 499 a 512).

Por último, JUAN CARLOS CRISPÍN MARTÍNEZ, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, el demandante celebró diferentes contratos con las sociedades demandadas, todos con solución de continuidad. Adujo que el último contrato celebrado por el demandante finalizó sin justa causa el día 27 de febrero de 2015, por lo cual debió comparecer oportunamente al proceso de liquidación de la sociedad empleadora, COMERCIALIZADORA ANDINA TRANSPORTADORES DE CARGA SAS, para solicitar el cobro de las acreencias laborales adeudadas. Manifestó que las sociedades demandadas pagaron de forma correcta todas las acreencias laborales, incluyendo salarios, dotaciones, auxilio de transporte, cesantías e intereses, vacaciones, primas de servicios y aportes

a seguridad social, por lo cual no existen obligaciones a su cargo y menos de los socios. Resaltó que no procede condena alguna por concepto de indemnización moratoria, indexación o intereses moratorios, máxime por ser incompatibles estos dos últimos. Formuló como excepciones de fondo las de, «falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la demandada Juan Carlos Crispín Martínez», «inexistencia de la obligación a cargo de la demandada persona natural Juan Carlos Crispín Martínez y a favor del demandante por carencia de causa y objeto, y como consecuencia cobro de lo no debido» y «excepción de prescripción» (fls. 524 a 545).

Mediante auto adiado 13 de mayo de 2019 el juzgado de conocimiento encontró que la sociedad demandada COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTES DE CARGA SAS - CETTANDINA SAS, no es un sujeto procesal por cuanto mediante auto N° 405-003194 del 01 de marzo de 2018 la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso de liquidación (fl. 623).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 10 de noviembre de 2020, absolvió a la parte accionada de todas las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia del contrato de trabajo y cobro de lo no debido.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que según dedujo de lo confesado por el demandante en el interrogatorio de parte, su intención era recibir la liquidación conforme a todos los periodos trabajados en las empresas de la familia CRISPIN, es decir desde el año de 1989 hasta el 2015 como si se tratara de una unidad de empresa, contrario sensu, a lo pretendido en la demanda, esto es la existencia de un contrato laboral celebrado con las personas naturales demandadas, en consecuencia, aclaró que de acuerdo al artículo 281 del Código General del Proceso, era procedente analizar solo las pretensiones de la demanda. Al respecto encontró que la certificación expedida por SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ obrante a folio 496 del expediente, da cuenta de que el actor laboró para ella durante un año y medio, empero, tal documento no basta para acreditar la prestación personal del servicio a favor de las personas naturales demandadas, máxime, al no ser posible establecer el contexto en el que fue expedido. Asimismo, afirmó que el demandante confesó que prestó sus servicios a las diferentes personas jurídicas demandadas, no a las personas naturales accionadas. Concluyó que no se reunieron los presupuestos para que opere la existencia de un contrato realidad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los apoderados judiciales de HECTOR MARIA CRISPIN LANDINEZ, ASFALTOS Y PARAFINA CIA LTDA, COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES TERRESTRES LTDA-CETTA, SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ y JUAN CARLOS CRISPIN LANDINEZ presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo introductorio del proceso y solicitando que se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, la apoderada judicial del demandante, ALBERTO RODRIGUEZ VISCAYA solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si existió un contrato laboral entre el señor ALBERTO RODRÍGUEZ VISCAYA y los demandados HECTOR MARIA CRISPIN LANDINEZ, SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ y JUAN CARLOS CRISPIN LANDINEZ, como socios de ASFALTOS Y PARAFINA CIA LTDA, COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES TERRESTRES LTDA y COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTES DE CARGA SAS, en cuyo caso, se estudiará la procedencia del pago de acreencias laborales.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en

favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

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

Así las cosas, se proceden a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- INTERROGATORIO DE PARTE DEMANDANTE ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA, adujo que prestó sus servicios desde el 1989 hasta 1992 en la Compañía Especializada en Transportes Terrestres, luego, renunció voluntariamente y regresó a trabajar el mismo año hasta el 2015. Recordó que hasta el 2001 prestó los servicios como mensajero de la empresa Transportes Cetta y Asfaltos y Parafina, y en Cettandina trabajó como vigilante y auxiliar operativo. Manifestó que cuando lo trasladaban entre empresas, no le hacían ninguna liquidación, asimismo, que cuando pasó de transportes CETTA a CETTANDINA la Sra. Sandra Crispín les hizo firmar la sustitución de CETTANDINA, diciendo que no iba a perder la antigüedad, pero cuando le hicieron la liquidación de la indemnización, sólo le tuvieron en cuenta el tiempo laborado en CETTANDINA no el tiempo atrás. Aclaró que él solicitó a Sandra Crispín la copia del contrato y de la sustitución patronal pero que nunca se la entregó. Adujo que hasta el momento no le han pagado indemnización por despido injusto, y que esa liquidación solo tuvo en cuenta el tiempo que trabajó en CETTANDINA. Respondió que del proceso de liquidación que cursa en la Superintendencia no le ha cancelado ningún valor por concepto de indemnización.

- INTERROGATORIO DE PARTE JUAN CARLOS CRISPIN MARTINEZ respondió que conoció al demandante en el 2011 cuando entró a trabajar en CETTANDINA SAS, que antes de esa fecha conoció que el actor trabajó para las empresas Transportes CETTA, ASFALTOS Y PARAFINA y CETTANDINA, que sabe que el demandante fue uno de los trabajadores que salieron de la empresa CETTANDINA SAS porque aquella tenía problemas económicos para pagar los salarios, explicó que no sabe con exactitud quienes son los socios de las sociedades demandadas pero que es familiar de algunos de ellos, que no sabe quién le daba las órdenes al demandante pues supuso que eran quienes estaban encargados de trabajar con él. Adujo que no sabe ni le consta si el demandante realizaba diligencias personales para las personas naturales demandadas, así como no recuerda que el actor haya cuidado la casa de los señores Héctor María Crispín y Beatriz de Crispín y explicó que solo recuerda que iban varios trabajadores sin saber si alguno de ellos era el demandante. Agregó que no conoce por qué no se puso en conocimiento dentro del proceso de liquidación de la empresa CETTANDINA SAS que existía una deuda de dicha empresa a favor del demandante por cuanto no fue su función radicar en dicho proceso tal documental. Expuso que participó en la organización como gerente comercial y operativo por lo cual de forma directa no le dio órdenes al demandante pero explicó que a través lo que hablaba con diferentes personas de la empresa era posible que el actor terminara cumpliendo lo que se requería en la empresa, precisó que no recuerda haber ordenado al demandante a realizar sus diligencias personales. Que los beneficiados de los frutos económicos de las empresas Transportes CETTA, ASFALTOS Y PARAFINA y CETTANDINA fueron todos aquellos que estuvieron vinculados con las empresas, tantos socios como trabajadores y terceros. Explicó que se vinculó en el 2011 por lo cual desconoce lo que sucedió antes de dicha fecha en cuanto a las funciones del actor. Que no tiene conocimiento, ni recuerda que el demandante haya cumplido labores directamente para las personas naturales que fueron demandadas, que en CETTANDINA SAS el demandante inicio cumpliendo funciones en un lote de propiedad de la empresa donde se parqueaban tracto mulas y que cuando ese lote dejo de ser de su propiedad entonces el actor comenzó a cumplir varias funciones en la organización, dentro de ellas dar apoyo a varias personas y una tarea específica que no tiene clara. Concluyó que no sabe cuánto devengaba el demandante dado que no participó en el pago de los salarios.
- INTERROGATORIO DE PARTE SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ declaró que conoció al demandante porque fue la gerente

general de CETTANDINA y porque desde pequeña lo veía en las empresas de su familia y en reuniones. Aclaró que comenzó a laborar en Transportes CETTA desde el 2002 y luego, con la sustitución patronal continuó laborando en CETTANDINA hasta el 2015, por lo cual no sabe nada relacionado con el actor antes del 2002, de allí que conoció que desde el 2002, el jefe de personal era el encargado de darle ordenes al demandante y que tal vez ella por ser la gerente general en algún momento le ordenaría hacer alguna diligencia. Que cuando Héctor María Crispín, Beatriz Martínez, Juan Carlos Crispín, Héctor Javier Crispín y ella misma fueron funcionarios de la empresa, seguramente enviaron al demandante a realizar diligencias relacionadas con sus cargos puesto que aquel fue mensajero. Adujo que TRANSPORTES CETTA y CETTANDINA funcionaban en calle 14 N° 32-32 y que los lotes de los parqueaderos quedaban en Fontibón. Manifestó que el demandante estuvo en la Calle 15 N° 32-32 y también estuvo en los parqueaderos. Expuso que cuando comenzó a trabajar en Transportes Cetta (2002) aquella se encargaba del transporte terrestre de carga, empero, en el año 2005 tuvo problemas económicos por lo cual se hizo la sustitución patronal de todos los empleados a CETTANDINA quien fue la nueva encargada del transporte de carga, mientras TRANSPORTES CETTA disminuía su actividad y no recordó si para esa fecha ASFALTOS Y PARAFINA ya tenían actividad pero que en la actualidad no la tienen. Agregó que no tiene conocimiento de quienes son los socios de las demandadas Asfaltos y Parafina, Transportes CETTA, que solo sabe que los socios de CETTANDINA, son ella y Juan Carlos Crispín. Afirmó que al ser la representante legal de CETTANDINA entregó toda la documental de dicha empresa incluido lo relacionado con las acreencias laborales a favor del demandante, que dicha situación fue puesta en conocimiento de la Supersociedades mediante el informe que incluyó activos, pasivos y estados financieros, recordó que el mismo día que despidieron al demandante, salieron dos trabajadores más, por eso, reportó a la Súper que se les debían acreencias laborales incluida la indemnización por despido sin justa causa. Ante la pregunta de si informó al Sr. Alberto de que en la Súper se había reportado un pasivo a su favor, expuso que una de las exigencias de la Súper era fijar un aviso en la puerta de la empresa durante determinados días, que cumplió a cabalidad ese requerimiento y nunca tuvo un llamado de atención o una multa por incumplir su deber. Aseveró que todos los empleados acudieron al proceso de liquidación porque vieron el aviso, excepto el Sr. Alberto. Explicó que en la cámara de comercio aparece su correo electrónico para notificaciones de las tres empresas demandadas porque fue la gerente de TRANSPORTES CETTA,

la representante legal de CETTANDINA y su papá (propietario de ASFALTOS Y PARAFINA) no tenía un correo sino que utilizaba el de ella. Dijo que no dio órdenes de forma personal al demandante, sino que era la gerente de la empresa y aquel era un trabajador. Agregó que el demandante fue vigilante y luego mensajero, que quienes se beneficiaban económicamente de la actividad de las empresas demandadas eran los empleados, los socios, los proveedores, que sabe desde cuando entró a Transportes CETTA que el demandante luego de la sustitución patronal siguió trabajando de la misma manera que siempre en CETTANDINA. Se puso de presente a la demandada, el certificado del folio 496, no obstante, dijo no recordar cuando ni porque expidió el documento.

- TESTIMONIO BEATRIZ MARTINEZ DE CRISPIN expuso que fue socia de las empresas ASFALTOS Y PARAFINA y de TRANSPORTES CETTA, de las cuales también fue trabajadora desde el 2000 hasta el 2009, que conoció que el demandante trabajaba en una empresa, se retiraba, regresaba y así, que en las tres empresas trabajó como empleado. Que ella tiene entendido que se le pagó todo al demandante. Dijo que fue subgerente de compras y manejaba algo operativo con el mantenimiento de los vehículos. Que el demandante solo prestó sus servicios a las personas jurídicas, ejerciendo lo que le correspondía dentro de la empresa. Que el demandante fue mensajero, vigilante del lote de Fontibón en donde tenían el parqueadero. Que cuando fue subgerente firmó un contrato laboral con el demandante a nombre de transportes CETTA. Explicó que el contrato laboral firmado en 1996 por ella y el demandante se debe a que ella iba a la empresa a apoyarlos. Que quienes se beneficiaban económicamente de las actividades de las empresas eran los socios y los trabajadores, que dentro de los socios estaba la familia sin recordar quienes con exactitud. Que quien le daba las órdenes al demandante eran los jefes de personal, dentro de ellos José Rodríguez y Paulino Jerez. Que el demandante no hacía ninguna diligencia personal, solo lo relacionado con la empresa. Que la mayoría del tiempo las tres sociedades demandadas funcionaron en la Calle 14 N° 32-32. Que no recuerda si entre los cambios de contrato dentro de las diferentes empresas, el demandante cambiaba de funciones. Que cuando el demandante vigilaba el lote, era posible que ella le diera órdenes relacionadas con su cargo pero nunca algo personal. Que las empresas ASFALTOS Y PARAFINA, TRANSPORTES CETTA dejaron de operar más o menos hace más de 15 años, que ASFALTOS Y PARAFINA dejó de comercializar los productos de Ecopetrol porque no era negocio y TRANSPORTES CETTA dejó de funcionar por problemas de muchas licencias como ISO, etc. Que por eso se

creó la nueva empresa porque era más fácil expedir esas licencias, no obstante, esa nueva empresa fue liquidada.

- TESTIMONIO ELCY ESPERANZA STEVEEN dijo que es contadora pública y se dedica a liquidación de sociedades por medio de la Superintendencia de Sociedades, que fue la liquidadora de CETTANDINA durante un año y medio y término hace aproximadamente 4 o 5 años. Afirmó no recordar qué sucedió con el Sr. Alberto dentro del proceso de liquidación, ni si se reportó la deuda de dicha empresa a favor del demandante. Explicó que dentro de la liquidación no se tuvo la documental de las sociedades ASFALTOS Y PARAFINA, TRANSPORTES CETTA, sino que dicha documental estaba en la bodega de CETTANDINA junto con los activos de oficina. Dijo que ese archivo era de las otras empresas pero que eran documentos muy viejos sin validez alguna. Dijo que no existió continuidad entre las tres empresas según lo que evidenció. Argumentó que se inició el proceso de liquidación de CETTANDINA porque fracasó el proceso de re-organización de deuda. Que en dicho proceso se recibieron los activos (unas tracto mulas, muebles y enceres), se vendieron y se pagaron las acreencias pero que no recuerda a que acreedores no se les pagó. Afirmó que varios acreedores se hicieron parte del proceso de forma extemporánea y que las consecuencias de ello, es que el acreedor queda postergado, es decir que le pagan de última en la cola si es que queda dinero y que en el caso no alcanzó el dinero. Dijo que el proceso para dar a conocer a los acreedores sobre la existencia del proceso liquidatorio es fijar avisos en la Super Sociedades y circularizar avisos en todos los juzgados civiles y laborales, en las notarías para que se cobren las acreencias. Aclaró que varios trabajadores de CETTANDINA se hicieron parte del proceso de liquidación, que incluso a algunos se les pagó con tracto mulas que no se lograron vender.

De la misma manera, fueron allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Certificado de aportes a fondo de pensiones obligatorias, empleador ASFALTOS Y PARAFINA COMPAÑÍA LTDA (fl. 19).
- Certificado de aportes a fondo de pensiones obligatorias, empleador COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTE (fl. 20, 23).
- Certificado de aportes a fondo de pensiones obligatorias, empleador COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTE (fl. 21).
- Comprobantes de pago de nómina CETTANDINA S.A. (fls. 29-56).
- Constancia de no comparecencia ante Mintrabajo, del demandante Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA, en su calidad de convocante/solicitante (fls. 240-241).

- Copia de liquidación final contrato de trabajo y pago de la liquidación Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA, empleador CETTANDINA S.A.S. (fls. 243-244, 249).
- Comunicación terminación del contrato de trabajo del Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA, empleador CETTANDINA (fl. 245, 559).
- Certificación laboral del Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA, empleador CETTANDINA, desde el 3 de junio de 2002 hasta el 27 de febrero de 2015 (fl. 240).
- Liquidación definitiva de prestaciones sociales del Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA, empleador ASFALTOS Y PARAFINA LTDA, contrato de trabajo desde el 1 de septiembre de 2000 hasta el 12 de marzo de 2002, finalizado por renuncia del trabajador (fls. 251, 309, 565).
- Renuncia presentada por el Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA ante ASFALTOS Y PARAFINA LTDA, de fecha 12 de marzo de 2002 (fls. 252, 308, 566).
- Renuncia presentada por el Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA ante TRANSPORTES CETTA LTDA, de fecha 20 de agosto de 2000 (fls. 253, 564).
- Liquidación definitiva de prestaciones sociales del Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA, empleador TRANSPORTES CETTA LTDA, contrato de trabajo desde el 16 de septiembre de 1992 hasta el 30 de agosto de 2000, finalizado por renuncia del trabajador (fls. 254, 568).
- Renuncia presentada por el Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA ante TRANSPORTES CETTA LTDA, de fecha 25 de marzo de 1992 (fls. 255, 569).
- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA y TRANSPORTES CETTA LTDA, en fecha 3 de junio de 2002 (fls. 256-257, 310-311, 465, 570-571).
- Sustitución de empleador de fecha 1 de febrero de 2005, entre TRANSPORTES CETTA y CETTANDINA S.A. (fls. 258, 311, 466, 572).
- Liquidación definitiva de prestaciones sociales del Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA, empleador TRANSPORTES CETTA LTDA, contrato de trabajo desde el 1 de junio de 1989 hasta el 24 de abril de 1992, finalizado por renuncia del trabajador (fls. 261, 574).
- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA y ASFALTOS Y PARAFINA LTDA, en fecha 1 de septiembre de 2000 (fls. 282-283, 523, 595-596).
- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA y TRANSPORTES CETTA LTDA, en fecha 16 de septiembre de 1992 (fls. 284-285, 403, 597-598).

- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA y TRANSPORTES CETTA LTDA, en fecha 1 de junio de 1989 (fls. 286-287, 599-600).
- Liquidación definitiva de prestaciones sociales del Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA, empleador TRANSPORTES CETTA LTDA, contrato de trabajo desde el 3 de junio de 2002 hasta el 27 de febrero de 2015, finalizado por el empleador sin justa causa, con pago de indemnización por despido (fls. 315-317, 558, 563).
- Historia laboral del demandante Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA (fls. 653-663).

En este escenario, y una vez analizadas las pruebas practicadas en su debida oportunidad, debe concluir la Sala que el demandante tuvo los siguientes contratos de trabajo:

1. Desde el 1° de junio de 1989 hasta el 24 de abril de 1992, con el empleador TRANSPORTES CETTA LTDA.
2. Desde el 16 de septiembre de 1992 hasta el 20 de agosto de 2000, con el empleador TRANSPORTES CETTA LTDA.
3. Desde el 1° de septiembre de 2000 hasta el 12 de marzo de 2002, con el empleador ASFALTOS Y PARAFINA LTDA.
4. Desde el 3 de junio de 2002 hasta el 27 de febrero de 2015, con el empleador TRANSPORTES CETTA LTDA, quien substituyó patronalmente a CETTANDINA S.A., el 1° de febrero de 2015.

En síntesis, de conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que no se acreditó la existencia de una relación laboral entre el demandante y los señores HECTOR MARÍA CRISPIN LANDINEZ, SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ, JUAN CARLOS CRISPIN MARTINEZ, máxime cuando no opero la presunción del artículo 24 del CST en favor del actor, toda vez que no podría establecerse la prestación personal del servicio del mismo, por este haber estado vinculado laboralmente con las empresas TRANSPORTES CETTA LTDA, ASFALTOS Y PARAFINA LTDA y CETTANDINA S.A., donde son socios los aquí demandados, pues lo que sí se encuentra plenamente demostrado es la prestación del servicio en favor de las mencionadas empresas, sin que dicha prestación trascendiera a la órbita personal de sus socios, pues de los testimonios y de los interrogatorios, pudo extraerse que las funciones del demandante fueron las de mensajero y vigilante, cumpliendo con las labores propias de su cargo, sin que haya podido evidenciarse que

satisficiera actividades ordenadas por personas distintas a sus jefes inmediatos en cada una de las empresas, como los señores JOSÉ RODRÍGUEZ y PAULINO JEREZ.

Así las cosas, no le basta al demandante afirmar la existencia del vínculo laboral, sino acudir a la demostración de la prestación personal del servicio a favor o a la orden de quienes demanda, de conformidad con lo ya indicado, lo cual permite reafirmar a la Sala la conclusión a la cual se ha arribado en este proceso, en cuanto a que en el mismo no alcanzaron demostración los hechos de la demanda, por lo tanto, no pueden deducirse las consecuencias que persigue la parte actora; lo cual impide a esta Sala, estudiar la viabilidad de las súplicas deprecadas en razón a la falta de elemental y esencial presupuesto probatorio, pues de conformidad con los principios generales del Derecho, los cuales informan que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al informativo, y que es a las partes a quienes les compete la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate probatorio, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto el actor, estuvo ligado con los señores HECTOR MARÍA CRISPIN LANDINEZ, SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ, JUAN CARLOS CRISPIN MARTINEZ, en virtud de una prestación personal de sus servicios a favor o a la orden de estos, situación que conduce a la decisión absolutoria que determinó el Juzgado en la sentencia consultada.

De conformidad con lo expuesto, y al encontrarse demostrado que no existió contrato de trabajo entre el Señor ALBERTO RODRÍGUEZ VIZCAYA y los señores HECTOR MARÍA CRISPIN LANDINEZ, SANDRA LILIANA CRISPIN MARTINEZ, JUAN CARLOS CRISPIN MARTINEZ, como socios de las sociedades ASFALTOS Y PARAFINA CIA LTDA, COMPAÑÍA ESPECIALIZADA EN TRANSPORTES TERRESTRES LTDA y COMERCIALIZADORA ANDINA DE TRANSPORTADORES DE CARGA SAS EN LIQUIDACIÓN, la Sala no somete a discusión las condenas solicitadas, por tratarse de un punto totalmente innecesario por elemental sustracción de materia, y en consecuencia, y confirmará la sentencia consultada en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

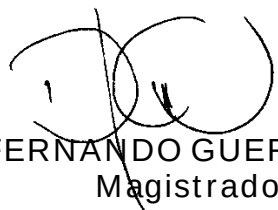
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

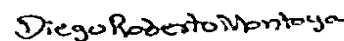
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por JULIA BARRETO CARDOZO contra AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.- AVIANCA Rad. 110013105-015-2019-00222-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala decisión a resolver los recursos de los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora JULIA BARRETO CARDOZO instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con AVIANCA desde el 01 de abril de 1996 hasta el 15 de noviembre de 2018, sin solución de continuidad; que se declare la nulidad de la transacción laboral firmada el 15 de marzo de 2004; que se declare que es beneficiaria de la estabilidad laboral establecida en el Plan Voluntario de Beneficios de AVIANCA; que el contrato fue finalizado sin justa causa por parte de la demandada, en consecuencia, se condene a AVIANCA a efectuar su reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría; que se condene al pago de los salarios, vacaciones, aportes a pensión y beneficios económicos otorgados por el Plan Voluntario de Beneficios desde la fecha de su despido hasta ser reintegrada.

De manera subsidiaria, pretende que se condene a AVIANCA a reajustar la liquidación final de prestaciones sociales, tomando como fecha de inicio el 01 de abril de 1996 hasta el 15 de noviembre de 2018; que se condene al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST; que se condene al pago de los aportes a pensión desde la

fecha del despido hasta el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o indemnización sustitutiva, como indemnización del perjuicio causado por el despido sin justa causa; que se condene a la indexación de las sumas que no den lugar a la indemnización moratoria, a lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que mediante contrato laboral a término indefinido laboró para AVIANCA S.A., desde el 01 de abril de 1994 hasta el 15 de marzo de 2004, fecha en la cual fue notificada de la terminación del contrato sin justa causa. Explicó que el 16 de marzo de 2004, tras haber firmado la transacción laboral que finalizó el vínculo laboral con la demandada y haber recibido el pago de \$17.028.147, fue remitida a la COOPERATIVA DE TRABAJO DE COLOMBIA-CODESCO para su vinculación como trabajador asociado, contrato bajo el cual, seguía bajo la subordinación del mismo jefe inmediato, desarrollando el mismo cargo de Directora de división de administración tripulaciones, devengando el mismo salario y prestando el servicio en las mismas instalaciones y con las mismas herramientas de trabajo. Asimismo, aseveró que durante la vigencia de la relación laboral con CODESCO recibió beneficios económicos propios de los trabajadores de AVIANCA, tales como, la compensación variable. Añadió que el 25 de julio de 2004 fue notificada de la terminación de la labor ejecutada en AVIANCA, no obstante, al día siguiente fue vinculada nuevamente a dicha empresa bajo un contrato a término fijo inferior a un (1) año para desempeñar el mismo cargo, contrato que se prorrogó a término indefinido a través de un otrosí firmado el 01 de agosto de 2005. Que en diciembre de 2004 AVIANCA creó el Plan Voluntario de Beneficios para los trabajadores no sindicalizados, el cual contempló los mismos beneficios de la Convención Colectiva de Tierra y Pacto Colectivo, incluida la cláusula de Estabilidad que estipulaba que los trabajadores con ocho (8) o más años de servicio para el 01 de julio de 2005 vinculados por medio de contrato de trabajo a término indefinido, no podrían ser despedidos sin una justa causa comprobada, salvo, quienes entraron a la empresa luego del 01 de enero de 2005. Arguyó que no pudo cumplir con los requisitos señalados en el aludido Plan, en razón a que firmó la transacción laboral el 15 de marzo de 2004, de lo contrario, habría acumulado más de nueve (9) años de servicios para el 01 de julio de 2005. Finalmente, arguyó que durante la vigencia de la relación laboral ejecutó todas las labores encomendadas por la demandada, sin incurrir en sanción disciplinaria alguna, que contrario sensu, fue ascendida al cargo de Gerente de Gestión Integral en el cual devengaba \$19.967.469, aseveró que, el despido se efectuó sin probar la ocurrencia de una justa causa, a su vez causando un grave perjuicio económico sobre la expectativa de su pensión y su calidad de vida, generándole incluso una crisis emocional (Fls. a 55).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La empresa demandada AVIANCA S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que el contrato de transacción celebrado con la demandante fue suscrito de común acuerdo, de forma libre, voluntaria y espontánea, sin mediar vicio en el consentimiento alguno, con el objetivo de finalizar el contrato de trabajo celebrado el 01 de abril de 1996. Aclaró que entre las partes existieron dos relaciones laborales independientes y discontinuas, la primera con vigencia del 01 de abril de 1996 al 15 de marzo de 2004, y la segunda desde el 26 de julio de 2004 hasta el 15 de noviembre de 2018, la cual finalizó sin justa causa, dado que no era beneficiaria de la estabilidad contemplada en el Plan de Beneficios. En relación al periodo comprendido entre el 17 de marzo de 2004 y el 25 de julio de 2004, consideró que la demandante no laboró para AVIANCA en dicho interregno, por lo cual, a su juicio, no es dable afirmar que existió una sola relación laboral sin solución de continuidad. Añadió que la promotora del juicio no es beneficiaria de la estabilidad referida, por tanto, no cumplió con el mínimo de permanencia de ocho (8) años continuos al servicio de AVIANCA, en virtud del contrato de transacción firmado libremente por aquella por medio del cual finalizó el contrato laboral celebrado el 01 de abril de 1996, transacción que fue ratificada mediante la conciliación suscrita ante el Ministerio de la Protección Social.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, argumentó que no es procedente la reliquidación de las prestaciones sociales, ni el pago de la sanción moratoria, en tanto, la demandante no laboró en AVIANCA durante el periodo del 17 de marzo de 2004 hasta el 25 de julio de 2004, así mismo que el salario devengado era integral, de forma que no tiene derecho al pago de prestaciones sociales. Concluyó arguyendo que la relación laboral fue finalizada en debida y legal forma, de allí que, a su juicio, no procede el pago de indemnización de perjuicios. Propuso como excepciones, las de «cosa juzgada», «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe», «pago», «prescripción» y «compensación» (FIs. 207 a 239).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 20 de octubre de 2020, declaró que entre las partes existieron dos contratos laborales a término indefinido, uno, desde el 01 de abril de 1995 hasta el 15 de marzo del 2004, y otro, del 16 de marzo de 2004 al 15 de noviembre de 2018; condenó a AVIANCA S.A. al pago de \$3.605.238 por concepto de reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada desde el 15 de noviembre de 2018; absolvió a la

demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y cosa juzgada.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que de conformidad con el CST y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es válido conciliar o transigir sobre derechos laborales inciertos y discutibles, salvo que medie alguna causal de nulidad, tal como un vicio en el consentimiento, caso en el cual corresponde a la parte que alega tal supuesto acreditar su existencia. En este punto recordó que, los testigos afirmaron desconocer si el contrato de transacción fue firmado bajo coacción y que lo declarado por la demandante en su interrogatorio no puede servir para constituir su prueba, por lo tanto, encontró que la actora no acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo. En el mismo sentido, resaltó que las partes acudieron ante el Ministerio de Protección Social para celebrar un acta de conciliación, es decir, que la demandante y AVIANCA ratificaron lo acordado en el contrato de transacción (fls. 254 a 256). Por lo anterior, concluyó que el contrato de transacción celebrado entre las partes fue válido.

De otro lado, señaló que según el acervo probatorio, el contrato de la demandante con COODESCO fue ilegal por cuanto se trató de una intermediación laboral de dicha cooperativa de trabajo asociado, actividad que está prohibida por la Ley 1233 de 2008, pues en ningún momento cambiaron sus funciones, sitio de trabajo, salario o demás condiciones laborales, tales como los derechos extralegales de AVIANCA. Por lo tanto, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, concluyó que existió otro contrato de trabajo entre AVIANCA y la demandante desde el 17 de marzo de 2004 y el 15 de noviembre de 2018.

En relación a la estabilidad del Plan Voluntario de Beneficios, observó que para el 28 de diciembre de 2004, la demandante no cumplía con el tiempo mínimo de permanencia en AVIANCA, pues para esa data tenía cerca de siete (7) meses de labor desde la celebración del segundo contrato laboral, además, encontró que, por las funciones que la actora desempeñaba no era beneficiaria ni de la Convención, ni del Pacto Colectivo. Sin embargo, consideró que es procedente la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, dado que la accionada pagó \$146.150.780, sin contar el periodo comprendido entre el 17 de marzo de 2004 y el 25 de julio de 2005, resultando una indemnización de \$149.756.018. Frente a la prescripción, precisó que conforme a la CSJ, las pretensiones de tipo declarativo como las del caso de autos, no prescriben, contrario a lo que sucede con las pretensiones condenatorias.

Aclaró que no es viable condenar al pago de sanción de que trata el artículo 65 del CST, en tanto, solo es procedente frente al no pago de salarios o prestaciones sociales,

situación ajena a lo adeudado por AVIANCA, esto es, la diferencia de una indemnización por despido sin justa causa. De igual forma, señaló que no es dable condenar al pago de la indemnización por perjuicios materializada en el pago de aportes pensionales, ya que solo era procedente en caso de que la demandante gozara de la estabilidad del Plan de Beneficios de la demandada, aunado a que no se acreditó perjuicio alguno.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la demandante JULIA BARRETO CARDOZO, presentó recurso de apelación parcial respecto de las pretensiones que fueron negadas, arguyendo que AVIANCA actuó de mala fe al desvincular a la demandante por medio de una transacción y vincularla a través de COODESCO, que con ello, desmejoró los derechos laborales de aquella e hizo que perdiera la posibilidad de ser beneficiaria de la estabilidad del Plan de Beneficios. Asimismo, aseveró que tanto la documental obrante en el proceso, como el interrogatorio de parte del representante legal de AVIANCA prueban la mala fe de aquella, precisando que el correo electrónico enviado por la Dirección de Gestión Humana a la demandante, confirmó que la accionada quería tercerizar la relación laboral. Consideró que se acreditó la existencia de una única relación laboral, por cuanto AVIANCA obligó a la demandante a firmar la transacción y luego, a acudir al Ministerio, con la única finalidad de restringir los beneficiarios de la cláusula de estabilidad del Plan de Beneficios, aunado a que, resaltó que dicho acto sucedió solo quince (15) días antes de que aquella cumpliera los ocho (8) años para gozar del beneficio. Añadió que existió una tercerización laboral por parte de la demandada, en consecuencia, se debe tener por probada la existencia de la cláusula de estabilidad a favor de la demandante. Destacó que en el análisis de la mala fe de AVIANCA, se debe tener en cuenta que el único testigo de aquella, CESAR GONZALEZ, no tenía certeza de los hechos e incluso el A quo aseveró que podría faltar a la verdad.

A su turno, el apoderado judicial de la accionada AVIANCA S.A., formuló recurso de apelación parcial sobre la sentencia proferida con respecto a los numerales uno y dos, argumentando que lo que se realizó fue tercerizar de forma legal unos servicios prestados por la Cooperativa para que no fuesen desarrollados directamente por AVIANCA, de allí que aquella decidió de mutuo acuerdo con la demandante finalizar la relación contractual, que la demandante se vinculó de manera libre a COODESCO, resaltó que según lo dicho en el interrogatorio de parte de la demandante, COODESCO ejerció actos de carácter subordinante, tales como el pago de las compensaciones de carácter mensual, el pago de la liquidación de las compensaciones definitivas equivalente a la liquidación de las prestaciones sociales. Agregó que de lo dicho por la

demandante también se extracta que COODESCO fue quien comunicó la terminación del contrato, así como fue esta quien la afilió al sistema general de seguridad social desde el mes de marzo hasta el 15 de julio de 2004, periodo en el que perduró la relación de trabajo entre la actora y la cooperativa de trabajo asociado. Replicó que se debe dar validez a la oferta comercial celebrada por la Cooperativa y AVIANCA con la finalidad de tercerizar algunos servicios, en virtud de esta última como consecuencia de un pago de una suma de dinero, todo ello de conformidad con el Código Comercial, de allí, que concluyó solicitando se revoquen los numerales uno y dos de la decisión.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la apodera judicial de la demandante, presentó alegatos de conclusión, solicitando se modifique la decisión proferida para atender las pretensiones de la demanda, dado que el fallador de primera instancia no valoró los testimonios de la accionada y el interrogatorio de parte del representante legal de la misma. Por su parte, el apoderado judicial de AVIANCA S.A., allegó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el libelo contestatorio del proceso y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar como primer problema jurídico si entre las partes existió una única relación laboral sin solución de continuidad, en caso afirmativo, determinar si la demandante goza de la estabilidad laboral contemplada en el Plan de Beneficios de AVIANCA. Finalmente, se estudiará si en el presente caso hay lugar o no, a declarar la nulidad del contrato de transacción celebrado entre la demandante y AVIANCA S.A., el 15 de marzo de 2004.

CONSIDERACIONES

Definido como se encuentra, que el conflicto jurídico gravita, en primer lugar, en torno a la existencia o no de una única relación de trabajo entre las partes, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que no importa la denominación que las partes ofrezcan al contrato de trabajo, ni la manera en como el trabajador es vinculado, pues si se demuestra que lo que en realidad existió fue una relación laboral, habrá de declararse como tal.

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

Así las cosas, se proceden a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- INTERROGATORIO DE PARTE JOSE LUIS AVELLA CHAPARRO REPRESENTANTE LEGAL DE AVIANCA respondió que trabaja para AVIANCA desde hace 11 años pero en el último año y medio ha desempeñado el cargo de representante legal de AVIANCA. Arguyó que conoce el acuerdo comercial entre AVIANCA y COODESCO, pero que en la actualidad no está vigente. Explicó que para el año 2004, Avianca estaba bajo un proceso de reestructuración del capítulo 11 de la Ley de quiebras norteamericana, por lo cual, la empresa consideró viable hacer algunas tercerizaciones y outsourcing. Que en virtud de esa tercerización, ingresaron varias cooperativas, incluyendo COODESCO, Clave integral, Servicopava; que cada una de dichas cooperativas fue contratada para el desarrollo de un proceso en específico, así, el personal con labores administrativas y financieras fueron asignados a COODESCO, los procesos de mantenimiento a Clave integral, los procesos de Aeropuertos a Servicopava, precisó que la demandante era de administración, procesos que iban a ser ejecutados por COODESCO, de allí, que finalizó la relación laboral y se vinculó con el tercero. Señaló que la relación laboral finalizó de mutuo acuerdo por medio de la transacción, ratificada en una conciliación ante una autoridad del trabajo que para esa época tenía facultades de conciliar, en ese sentido que la empresa no le terminó el contrato de manera ilegal. Resaltó que la empresa en medio de la reestructuración decidió licitar con cooperativas para tercerizar algunas actividades. Aclaró que la demandante tenía un cargo directivo importante, por lo cual la empresa meses después se percató de que era mejor tenerla como trabajadora en la misma empresa y por eso, la vinculó nuevamente. A la pregunta de si se realizó la tercerización de todo el personal de tripulación: aclaró que algunas partes del área de operaciones que no fueron

tercerizadas, que por eso revisaron la nueva vinculación de la actora, porque en general, la vicepresidencia de operaciones de vuelo siguió contratada directamente con la empresa, empero la actora no hacía parte de ese grupo, por ello, consideraron que podía ser tercerizada, hasta que se percataron que debían vincularla directamente, y en esa nueva relación duró hasta el 15 de noviembre de 2018. Preciso que no es cierto que existieran consecuencias en caso de negarse a ser tercerizados mediante cooperativas de trabajo asociado, dado que, la compañía siempre ha invitado de forma libre y voluntaria a la participación dentro de esos procesos, que lo que sucede es que los trabajadores libremente deciden llevar su hoja de vida para tener prioridad, que si el trabajador directo de la compañía no accede a la opción de ser tercerizado, es reubicado o se finiquita su contrato, no obstante al ser la demandante una de las pocas directoras de la compañía, una persona con gran experiencia, dichas consecuencias no le habrían sido endilgadas.

- **INTERROGATORIO DE PARTE JULIA BARRETO CARDOZO:** manifestó que desde el 01 de abril de 1996 trabajó para AVIANCA en la vicepresidencia financiera en la división de planeación hasta el 2000, cuando comenzó en la vicepresidencia de operaciones de vuelo como coordinadora administrativa de los pilotos hasta el 2002, fecha en la cual se celebró un acuerdo con ACESS y fue nombrada directora de administración de tripulaciones hasta el 2009, que para el 2004 devengaba un salario integral de \$6.000.000. Adujo que no conocía el estatuto del personal administrativo de AVIANCA por cuanto al ingresar en la inducción y las capacitaciones no se habló de eso, que si bien es cierto, en el año 1997 le llegó un comunicado con el estatuto y ella lo firmó, no recuerda qué decía. Agregó que nunca solicitó la vinculación a un sindicato porque hacía parte del plan de beneficios de los trabajadores no sindicalizados. Que firmó la transacción para dar por finalizada la relación laboral pero no fue libre y espontánea, en tanto, se sintió presionada porque le dijeron que era una directriz de la compañía, que quienes fueran a cumplir 8 años debían pasar a una cooperativa, que ella preguntó qué sucedía si no firmaba y le dijeron que el contrato se finalizaría. Que una vez firmó porque no quería retirarse de Avianca y teniendo en cuenta que le habían dicho que iba a ser por poco tiempo, le avisaron un día antes de ir al Ministerio de trabajo que tenía que ir a firmar allá, que no fue la única que fue llamada a dicha conciliación y que simplemente los llamaban a firmar y no habían más opciones. Que no es cierto que COODESCO la haya invitado a trabajar allí; que el 15 de marzo la citaron en la oficina de Juan David Vélez (jefe de relaciones laborales de Avianca) quién le informó que iba a pasar a una cooperativa y que

al día siguiente tenía que ir a firmar y ya; que en COODESCO solo le dijeron que ya tenían la información enviada de gestión humana de Avianca, a pesar de que no conocía a dicha compañía, ni hubo proceso de selección, ni la invitaron a participar, ni nada. Que firmó la conciliación ante Avianca porque si no lo hacía se finalizaría la relación laboral, por lo cual fue forzada. Señaló que en la firma del acta de conciliación se hizo presente un miembro del Ministerio del Trabajo, pero que no recuerda que le hayan dicho las consecuencias de la firma de la conciliación. Que mientras estuvo vinculada con COODESCO recibió el pago por parte de dicha cooperativa pero que era la misma remuneración de siempre, de conformidad con los recibos de pago; que COODESCO fue quien le notificó sobre la terminación del contrato con dicha cooperativa a través de la Directora de gestión humana, quien le dijo que ya iba a finalizar su relación para que comenzara de nuevo con Avianca. Que COODESCO le pagó la liquidación al finalizar el contrato pero las bonificaciones que recibía eran de AVIANCA porque correspondían a las bonificaciones firmadas por la Junta Directiva por su rendimiento en el capítulo 11 del año anterior; que COODESCO la afilió a seguridad social en ese periodo y pagó dichos aportes, no obstante, en ese periodo en su historia laboral aparece un doble pago por parte de Avianca y COODESCO; que COODESCO no le explicó que podía ser parte de la cooperativa, que en general, COODESCO no le explicó nada. Que el día que firmó el contrato de transacción estuvo Juan David Vélez y Juan Carlos Isaza, quienes le explicaron que por cumplir ocho años debía pasar a una cooperativa. Que ella solo manifestó su inconformidad cuando firmó el contrato con la cooperativa, pidiendo explicaciones en ese momento, después de eso continuó trabajando igual en las mismas funciones y con gran agrado y proyección en la compañía.

Asimismo, se recibieron los siguientes testimonios:

- **HENRY BARRERA PLATA:** señaló que no es familiar de la demandante pero que la conoce desde el 2002 porque ambos trabajaban en AVIANCA, año en el cual desempeñaba el cargo de gerente operativo de vuelo, el cual tenía gran relación con el cargo que debía desempeñar la demandante en ese momento. Afirmó que no conoció el acuerdo transaccional de AVIANCA pero que en ese año algunos trabajadores a su cargo pasaron a una cooperativa, pero que no sabe qué se dijo a dichos trabajadores para hacer ese traslado, dado que no era propio de su área, sino de otra gerencia. No obstante, no sabe si la demandante fue uno de los trabajadores trasladados a la cooperativa. Que la demandante era la directora administrativa de tripulaciones.

- **CESAR ADOLFO GONZALEZ RODRIGUEZ:** declaró que conoció a la demandante porque trabajó con ella; que por su cercanía con el área de nómina supo que la demandante tuvo un contrato con AVIANCA desde abril de 1994 hasta más o menos marzo de 2004, que dentro de la aplicación del capítulo 11 de reorganización, la compañía decidió tercerizar algunas labores a través de cooperativas, dentro ellas, la de la demandante. Dijo que la relación laboral de la demandante con AVIANCA finalizada en el 2004, terminó de forma unilateral por parte de la empleadora, por lo cual se le pagó la indemnización por despido sin justa causa. Que en el proceso de reorganización, participaron cuatro cooperativas: GESTIONAR, SERVICOPAVA, COODESCO y CLAVE INTEGRAL. Preciso que el capítulo 11 es un esquema que permitió a la demandada buscar sostenibilidad a futuro acogiendo a la Ley de Quiebras de New York, razón por la cual podría negociar con los acreedores, buscar nuevos inversionistas, entre otras. Que conoce sobre el capítulo 11 porque en esa época era coordinador de nómina y le requerían mucha información. Que existe una relación entre el capítulo 11 y la tercerización, en el sentido de que la empresa puede reorganizar para buscar la optimización y eficiencia de los recursos. Que conoció de la existencia de la convención colectiva de tierra, un pacto colectivo, otras dos convenciones colectivas y un plan de beneficios que aplicaba para el personal administrativo, llamado Estatuto de personal administrativo, el cual beneficiaba a quienes no se acogían a la convención colectiva. Que para beneficiarse del Estatuto de personal administrativo los trabajadores debían renunciar a los beneficios de la convención colectiva y debían acogerse al Estatuto. Aclaró que el personal administrativo cobijado eran los profesionales en adelante, coordinadores, jefes, directores y vicepresidentes. Que ese estatuto le aplicó tarde a la demandante por el cargo que ella tenía. No recordó si el estatuto tenía una cláusula de estabilidad. Que el Pacto Colectivo podría beneficiar a todos los trabajadores que decidieran acogerse a tal pacto, que los únicos que no podían beneficiarse del pacto eran quienes estuvieran suscritos a las convenciones o al estatuto.
- **LUIS FERNANDO LOPEZ GIRALDO** declaró que es pensionado y que trabajó como piloto comercial en AVIANCA desde el 01 de septiembre de 1989 hasta el 07 de mayo de 2019. Que en desarrollo de sus funciones como piloto administrativo conoció a la demandante desde el 2001 hasta el 2019 porque ella era directora administrativa de tripulaciones y luego trabajó en gestión y calidad. Que no conoce qué tipo de contrato existió entre la demandante y la demandada, ni si hubo un cambio de contrato.

- JULIAN GUSTAVO PINZON SAAVEDRA declaró que es piloto de Avianca desde noviembre de 1995, miembro de ACDAC, que conoció a la demandante por trabajar con ella desde el 2003 porque tuvo que tener relación con ella por temas sindicales y laborales. Que para el 2004 la demandante era la Directora Administrativa de Tripulaciones, que trabajó con la demandante en ese año asuntos como el de alimentación de los tripulantes a bordo de las aeronaves, así como el alojamiento, el centro médico de los pilotos, medicamentos, tiquetes, etc., que en general, se comunicaba con la demandante casi 24 horas al día durante 7 días a la semana. Que entre marzo a julio de 2004 no evidenció un cambio en las funciones de la demandante, ni en las actividades que desarrollaban de forma conjunta. Que conoció que hubo un cambio en el contrato de trabajo con la demandante, que dicho cambio se dio en el marco del Capítulo 11 porque modificaban el contrato laboral de algunas personas de la administración para contratarlos por medio de cooperativas pero que no sabe con exactitud cuál fue el cambio del contrato de trabajo de la demandante.

En cuanto a las pruebas documentales arrimadas al plenario, se tiene que obran las siguientes:

- Contrato de trabajo suscrito entre las partes el 1 de abril de 1996 (fls. 31-33).
- Comunicación de fecha 17 de febrero de 2004, en donde la Compañía accionada le informa a la demandante de un aumento de salario en la suma de SEIS MILLONES DE PESOS (\$6'000.000), a partir del 1° de febrero de 2004 (fl. 34-35).
- Comprobantes de nómina CTA COODESCO, desde la segunda quincena de marzo de 2004 a 30 de julio del mismo año, donde se evidencia que percibía la suma de SEIS MILLONES DE PESOS (\$6'000.000) mensuales, como contraprestación de sus servicios (fls. 38-42).
- Contrato de transacción, mediante el cual se da por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre AVIANCA y la señora JULIA BARRETO CARDOZO, de fecha 15 de marzo de 2004 (fls. 43-44).
- Liquidación definitiva del contrato de trabajo (fl. 45).
- Comunicación dirigida a la demandante en el cargo de Directora de la División Administración de tripulaciones de AVIANCA, suscrita por la Coordinadora de gestión humana de COODESCO señora JENNY M CASTRO JIMÉNEZ, de fecha 13 de mayo de 2004, donde se le informa acerca de compensación resultante del cumplimiento de las metas corporativas e individuales al interior de la compañía en el cuarto trimestre de 2003 (fls. 48-50).
- Terminación laboral CTA COODESCO, de fecha 23 de julio de 2004, donde le indican a la actora que su labor sería finalizada y efectiva hasta el 25 de julio de

2004, e igualmente le indican que deberá pasar por su liquidación de reconocimientos económicos (fl. 51).

- Liquidación definitiva CTA COODESCO (fls. 52).
- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito entre AVIANCA S.A. en cabeza de la Directora de gestión humana Señora SARA MARÍA ÁLVAREZ VALENCIA y JULIA BARRETO CARDOZO, para el cargo de Directora, con un salario mensual de SEIS MILLONES DE PESOS (\$6'000.000), a partir del 26 de julio de 2004 (fls. 53-56).
- OTROSÍ al contrato de trabajo anterior, donde se modifica la modalidad del contrato de trabajo y pasa a ser a término indefinido, por voluntad de las partes (fl. 62).
- Aumentos de salario por los años 2005 y 2008 (fls. 64-65).
- Comunicación de ascenso al cargo de Director de Calidad y SMS, a partir del 23 de noviembre de 2009 (fl. 67).
- OTROSÍ al contrato de trabajo, donde se realiza incremento de salario y se pacta entrega de paquete de beneficios representado en patrocinio de pensión y ticket canasta, y de compensación variable anual; igualmente se pacta seguro de vida y accidentes personales, y se establece que las sumas recibidas adicionales y diferentes a su salario integral no constituirán salario, pero que sin embargo el paquete de beneficios si será base de liquidación para el pago de vacaciones (fls. 68-71).
- Terminación contrato de trabajo y comunicación remitiendo copia de la misma, como quiera que la demandante se negó a recibirla (fls. 75-76).
- Acta No. 17 de aprobación de contrato de transacción del 15 de marzo de 2004, expedido por el Ministerio de Trabajo, y suscrito por un funcionario del Ministerio, la demandante y el apoderado del empleador (fls. 254-256).
- Comunicación de entrega de Estatuto de personal a la demandante, de fecha 22 de agosto de 1997 (fls. 257).
- Oferta mercantil de servicios presentada por la CTA COODESCO a AVIANCA S.A., de fecha 7 de julio de 2003 (fls. 266-271).
- Estatuto del personal administrativo AVIANCA, SAM Y HELICOL (fls. 612-627).
- Estatuto del personal administrativo AVIANCA SAM, de fecha febrero de 2000 (fls. 628-635).
- Plan Voluntario de beneficios de AVIANCA (fls. 636-650).

Establecido lo anterior, se tiene que la señora JULIA BARRETO CARDOZO, suscribió convenio de asociación el día 16 de marzo de 2004, para ser remitida a la demandada AVIANCA S.A., en calidad de trabajadora asociada de CTA COODESCO, para ocupar el

cargo de Directora de División Administración de Tripulaciones, con salario integral de SEIS MILLONES DE PESOS (\$6.000.000), y que a partir de esta vinculación, le fueron cancelados a la demandante diferentes reconocimientos económicos, entre estos el incentivo denominado “compensación variable”, propio de AVIANCA S.A. Aunado a lo anterior, el día 25 de julio de 2004, a la demandante le fue informada la terminación de su labor en CTA CODESCO, para ser nuevamente contratada al día inmediatamente siguiente por la demandada AVIANCA S.A., una vez más bajo el mismo cargo, mismo salario, mismas funciones y mismas bonificaciones.

Ahora bien, para aterrizar estas premisas en términos prácticos e ilustrativos, la figura de tercerización de servicios u outsourcing, se materializa cuando una empresa deja de asumir u operar una función que inicialmente desplegaba desde el interior de su empresa, para recurrir a un agente externo o tercero, que es especializado en ese servicio específico de la cadena de producción, bajo la particularidad que este último debe asumirlo por su cuenta y riesgo, y por ende, teniendo bajo su subordinación a sus trabajadores. Esta autonomía se debe dar en todos los aspectos operativos, es decir, debe existir independencia administrativa, técnica y financiera, y el resultado final se debe traducir en la producción de un bien, o en la prestación de un servicio determinado, con utilización de sus propias herramientas, maquinaria y equipos.

Esta particular forma de externalización de procesos, o subprocesos, incluso ha sido reconocida por la OIT, bajo lo que ha denominado «Trabajo en Régimen de Subcontratación», «mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos»¹.

En un escenario como el descrito, para determinar si la tercerización se ha hecho de manera correcta, es preponderante establecer si el contratista tiene la autonomía en el uso de los medios de producción, en la ejecución de procesos o subprocesos, si ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, o si por el contrario, la misma se ejerce por el contratante, si las órdenes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se debe ejecutar las imparte el contratante y si cuenta con autonomía financiera.

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado que la demandante efectivamente prestó sus servicios a la demandada AVIANCA S.A., desde el 1 de abril de 1996 hasta el 15 de marzo de 2004 y del 16 de marzo de 2004 hasta el 15 de noviembre de 2018, es decir, a

través de dos contratos de trabajo independientes, como quiera que se evidencia que en fecha 15 de marzo de 2004, las partes finalizaron la relación laboral por mutuo acuerdo a través de contrato de transacción.

Para arribar a la anterior conclusión, se evidencia que si bien la actora se encontró vinculada a la CTA COODESCO desde el 16 de marzo de 2004 hasta el 25 de julio del mismo año, lo cierto es que del material probatorio allegado y de las declaraciones recibidas, se pudo determinar que prestó sus servicios a favor de AVIANCA, en iguales condiciones al contrato anterior (el que suscribió el 1 de abril de 1996 con la demandada), con igual salario y bajo el mismo cargo, recibiendo las mismas compensaciones y siendo subordinada por la demandada, pues así lo confesó el representante legal de la convocada a juicio al manifestar que la demandante tenía un cargo directivo importante, por lo cual la empresa, meses después de vincularla a través de una CTA, se percató de que era mejor tenerla como trabajadora en la misma empresa y por eso, la vinculó nuevamente, además, señaló que algunas partes del área de operaciones no fueron tercerizadas, razón por la que revisaron la nueva vinculación de la actora, ya que la vicepresidencia de operaciones de vuelo, había seguido contratada directamente con la empresa. Ante esta situación, para esta Corporación es evidente, que en fecha 15 de marzo de 2004, las partes acordaron poner fin a su relación laboral por mutuo acuerdo, por tanto se configuró una nueva relación laboral el día 16 de marzo de 2004, la cual se extendió hasta el 15 de noviembre de 2018, y en tal razón, aunque la decisión se confirmará, se hará por motivos diferentes a los establecidos por el Juez de primera instancia, como quiera que este declaró la existencia de dos relaciones laborales y la ilegalidad en la tercerización, pero en virtud de la Ley 1233 de 2008, la cual para la fecha en que la demandante fue trabajadora asociada de la CTA COODESCO, esto es, marzo a julio de 2004, no se encontraba vigente.

Es por esta razón, que para esta Sala de Decisión, es evidente la existencia de dos contratos de trabajo, el primero desde el 1 de abril de 1996 hasta el 15 de marzo de 2004, y el segundo desde el 16 de marzo de 2004 hasta el 15 de noviembre de 2018. Así las cosas, de acuerdo con el Plan de Beneficios (fls. 636-650), en lo referente a la “Estabilidad”, se tiene que la demandante no era beneficiaria de la misma al no contar con más de 8 años al servicio continuo de AVIANCA S.A. para el 28 de diciembre de 2004, fecha en que entró en vigencia el Plan de Beneficios Voluntarios de AVIANCA S.A., pues como ya se dijo, la contratación habría iniciado el 16 de marzo de 2004 y tan solo contaba con 9 meses, por lo que la actora habría perdido la continuidad mediante el acuerdo transaccional suscrito el 15 de marzo de 2004, y mediante el cual terminó la relación laboral con AVIANCA S.A.

De esta manera, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación presentada por la parte demandada, la Sala confirmará lo referente a la existencia de dos relaciones laborales como ya se dijo, y a la indemnización por despido injusto, y al no ser la liquidación de esta última, punto de apelación, la misma permanecerá incólume. Establecido lo anterior, procede la Sala al estudio del contrato de transacción, a fin de determinar la validez y eficacia de este.

CONTRATO DE TRANSACCIÓN

En lo que atañe a la declaratoria de ineficacia del contrato de transacción celebrada entre las partes el 15 de marzo de 2004, vale la pena resaltar que de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del CST este determina que la transacción en los asuntos del trabajo es válida salvo cuando dicho acto recaiga sobre derechos ciertos e indiscutibles; así mismo, se resalta que la transacción en materia laboral es un mecanismo a través del cual las partes llegan a un acuerdo de sus diferencias de manera amigable y voluntaria, regula y avala la voluntad acordada entre las partes y que además pone fin de manera parcial o total a las diferencias de ambos extremos; también el efecto de esta transacción que como ya se hizo mención en precedencia hace tránsito a cosa juzgada, siempre y cuando la misma no verse sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Así las cosas, para que un acuerdo transaccional sea declarado como nulo o ineficaz es menester demostrar que dentro del mismo medió u ocurrió un vicio del consentimiento en alguna de las partes, esto es el error, la fuerza o el dolo, al tenor literal del artículo 1508 del código civil que consagra que «(...) Los vicios de que pueda adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo...», requisitos que a su turno son reproducidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹, quien ha considerado que para probar la invalidez de un acuerdo conciliatorio, o en el presente proceso el acuerdo transaccional, se debe determinar la existencia de vicios en el consentimiento al momento de suscribirlo, que impida el cumplimiento de la obligación pactada, como de vieja data lo ha considerado la citada Corporación.

De lo anterior, resulta claro que no cualquier circunstancia que se presente en o con ocasión de un acto jurídico ha de ser calificado como un vicio del consentimiento por no estar una parte involucrada, a posteriori, de acuerdo con él, pues se requiere que al momento de ocurrir el hecho o acto jurídico, el vicio de que adolece se presente o influya determinadamente en el juicio o sobre el ánimo de una persona, o que este

¹ Sentencia identificada con el No. SL11339-2017 radicada al No. 50688 del 2 de agosto de 2017.

genere la imposición de una fuerza tal que repercuta en la libre voluntad de la víctima alterando de manera notable o sustancial su leal y prudente juicio.

Al respecto, vale indicar que dentro del plenario se probó que las partes pactaron de manera libre y voluntaria, dar por terminado el contrato de trabajo que los unió desde el 01 de abril de 1996 hasta el 15 de marzo de 2004, por mutuo consentimiento; asimismo, en dicho acuerdo se pactó conceder a la trabajadora bonificación equivalente a la indemnización legal que le correspondería; igualmente, quedar a paz y salvo por los conceptos de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, bonificaciones o primas o aguinaldos extralegales, indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, descanso dominical o festivo, recargo por trabajo nocturno, trabajo en dominicales, y festivos, horas extras o trabajo suplementario, viáticos, comisiones, indemnizaciones por no afiliación o afiliación deficitaria a la seguridad social, salud y riesgos profesionales, indemnización por mora en la consignación de la cesantías, indemnización por no pago de las cesantías, indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, subsidio familiar, salario en especie, indemnización por despido, calzado y vestido de labor, y auxilio de transporte. De igual modo, ratificaron que la bonificación anterior, no constituía salario por decisión de las partes; en virtud de lo anterior, el empleador recibiría las sumas pactadas, una vez tramitara los paz y salvo pertinentes y se suscribiera acta de conciliación frente al funcionario competente del Ministerio del Trabajo (fls. 43-44 y 254-256).

Tal como se pactó en el aludido documento, las partes suscribieron el acuerdo de transacción el 15 de marzo de 2004, en el cual se reiteró la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, en consecuencia la empresa le pagó a la actora la liquidación definitiva de prestaciones sociales (fls. 45), así como la suma acordada como contraprestación transaccional, asimismo, se autorizó el descuento por concepto de aportes a salud y pensión del mes de abril, aportes a fondo de solidaridad, retención en la fuente, y por concepto de póliza médica COLSEGUROS, patrocinio pensión y retención en la fuente, arrojando una suma neta a pagar de VEINTITRÉS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NUEVE PESOS (\$23'389.809).

En razón a lo pactado en la cláusula séptima, las partes transigieron todas las actuales o eventuales diferencias derivadas de la relación laboral que los vinculó y la forma de terminación dándole al presente acuerdo el valor de transacción, con efectos de cosa juzgada en los términos del artículo 15 del C.S.T., y en consecuencia la demandante en

su calidad de trabajador, declaró a paz y salvo a la empresa por todos y cada uno de los derechos laborales antes mencionados (fl.44).

Acreditado lo anterior, la Corporación debe analizar si al momento de la suscripción del contrato de transacción esta fue coaccionada e inducida en error, empero, revisado el material probatorio aportado, se aprecia que tales situaciones no se demostraron, pues en dicho acto las partes fueron claras y precisas en indicar que el acuerdo se dio en razón al ofrecimiento transaccional, que negociaron libremente los términos y condiciones del contrato y que lo suscribieron de manera voluntaria, lo que demuestra que en la celebración del acuerdo transaccional no aparece que hubieren mediado vicios en el consentimiento.

Aunado a lo anterior, se debe recordar que la parte actora en su interrogatorio de parte señaló que firmó la conciliación ante Avianca para dar por finalizada la relación laboral, pero que no fue libre y espontánea, en tanto, se sintió presionada porque le dijeron que era una directriz de la compañía que aquellos que fueran a cumplir 8 años debían pasar a una cooperativa, además aseveró que firmó porque si no lo hacía se finalizaría la relación laboral y no quería dejar de trabajar para la Empresa; no obstante, de ello no existe elemento de prueba que permita verificar dichas circunstancias, dado que la demandante manifestó en la misma declaración que al momento de suscribir el acuerdo de transacción se encontraba presente un representante del Ministerio del Trabajo y los señores Juan David Vélez y Juan Carlos Isaza.

Aunado a lo anterior, se debe indicar que si bien se practicaron las declaraciones de LUIS FERNANDO LÓPEZ GIRALDO y JULIÁN GUSTAVO PINZÓN SAAVEDRA, testigos de la parte actora, los mismos no son suficientes para demostrar las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que se suscribió el contrato de transacción del 15 de marzo de 2004, por cuanto el primero de estos señaló no conocer el acuerdo transaccional, y el segundo dijo que únicamente tuvo conocimiento que hubo unos cambios en la contratación de la demandante pero señaló no conocerlos a fondo.

De lo anterior, no puede arribar ésta Sala de Decisión a una conclusión distinta a la determinada por el juez de primer grado, toda vez que, con el acervo probatorio incorporado y en uso de las reglas de la sana critica en su ponderación y valoración, no se demostró acto alguno de los que alega la demandante y que constituyeran los vicios de consentimiento en la celebración del acuerdo transaccional, situación que no da lugar a declarar la nulidad pretendida, por lo menos por éste aspecto, huérfano de toda demostración por la parte actora.

Por otro lado, La Corporación considera necesario analizar si el contenido del contrato de transacción suscrito por las partes, a fin de establecer si este ha versado sobre derechos inciertos y por lo tanto discutibles, toda vez que ésta se restringe e incluso se prohíbe cuando se afectan derechos ciertos e indiscutibles, ya que en materia laboral rige el principio tuitivo en favor del trabajador, bajo la premisa de que el trabajo goza de la especial protección del Estado, por lo que los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, por lo que en estos casos es necesario determinar que el acuerdo transaccional no hubiere recaído sobre los aludidos derechos mínimos a favor del trabajador.

Es por ello que en materia laboral, los artículos 13, 15 y 43 del CST contiene una proposición jurídica inquebrantable en cuanto precisa que la ley sustantiva solo consagra un mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, por lo que todo pacto convención celebrado con vulneración de ese mínimo es nulo y carece de efectos.

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia y del contenido del contrato de transacción, puede concluir esta Corporación que en la suscripción de este no existe ninguna clase de vicio o anomalía alguna que conlleve a determinar que no goza de validez, pues la demandante en ningún momento fue inducida a actuar bajo presión o constreñimiento alguno al suscribir con la empresa demandada en este juicio el acuerdo que la contiene. Además de lo anterior, no es dable exponer que lo acordado dentro de la conciliación refería o trataba sobre derechos ciertos e indiscutibles, como quiera que del contenido de la misma quedó claro que la actora recibiría una bonificación especial equivalente a la indemnización legal por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, encontrándose frente a una terminación que fue por mutuo acuerdo. Aunado a lo anterior, en la liquidación del contrato de trabajo se halló que el pago de la mentada bonificación fue cancelada de forma independiente a las prestaciones sociales y vacaciones pendientes por pagar, y que aunque esta bonificación no constituía salario, el pacto de desalarización es viable a la luz de los artículos 127 y 128 del CST, lo que permite concluir que lo transado versaba sobre derechos inciertos y discutibles precisamente por la naturaleza de los pagos extra salariales, es decir, que no se trataba del salario propio de la actora y que lo acordado se verificaba de manera completamente independiente a la liquidación de acreencias laborales, circunstancia por la cual la decisión de primer grado deberá ser confirmada en este puntual aspecto y en los ya analizados, al encontrar acertada la decisión del juez de primera instancia, con las anotaciones ya realizadas.

Bajo esta óptica, y al haberse analizado todos los puntos de la alzada formulada, la Sala no tiene otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia al no haberse causado.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

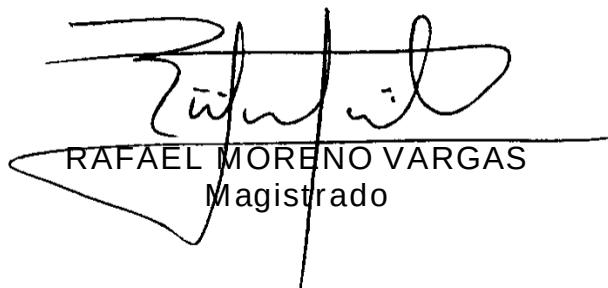
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS ALEXANDER JIMENEZ LEAL contra TELEFÉRICO A MONSERRATE S.A. 11001 31 05 016 2019 00106 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor LUIS ALEXANDER JIMENEZ LEAL a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de TELEFÉRICO A MONSERRATE S.A.; con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo vigencia entre el 8 de junio de 1998 y el 4 enero de 2019, que terminó por decisión unilateral por parte de la demandada, sin justa causa; en consecuencia, se condene a la accionada a pagar la indemnización por despido injusto establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; así como a lo ultra y extra petita junto con las costas del procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que se vinculó mediante contrato de trabajo el 8 de junio de 1998, en el cargo de mecánico eléctrico del SENA;

que dentro de sus funciones estaban las de realizar trabajos u oficios varios y aseo, así como realizar trabajos eléctricos y mecánicos tanto en el teleférico como en el funicular; precisó que en el año 2004 fue enviado a realizar un reemplazo en el cargo de maquinista de las cabinas del teleférico, cargo que ocupó hasta la fecha del despido; resaltó que no recibió una inducción adecuada y que aprendió el oficio en la medida que transcurría el tiempo; explicó que la parte operativa de las dos cabinas del teleférico, radica en tres personas, el maquinista y dos conductores, sus funciones como maquinista eran las de aseo general, venta de etiquetas y contestar llamadas telefónicas de orden interno; comentó que el 24 de diciembre de 2018 aproximadamente a las 4:30 pm ocurrió un accidente en las cabinas del TELEFÉRICO y como consecuencia de ello algunos pasajeros y conductores sufrieron lesiones; que el 27 de diciembre de 2018 siendo las 7:45am fue llamado a un interrogatorio mediante acta de descargos por parte de su empleadora JULIETH BERMUDEZ HORTUA, y a la SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE, DELEGATURA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR GRUPO DE VIGILANCIA E INSPECCIÓN; que el 04 de enero de 2019 TELEFÉRICO dio por terminado sin justa causa el contrato de trabajo existente, bajo argumentos que no comparte por considerar que no corresponden a la realidad; que el día 15 de enero de 2019 le entregaron un cheque por \$3.194.239 correspondiente a la liquidación definitiva, concluyó que el último salario promedio devengado fue por \$1.561.710 (fls. 24 a 31).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

TELEFÉRICO A MONSERRATE S.A., dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentó que el 04 de enero de 2019 dio por terminado con justa causa legal y contractual el contrato de trabajo, con base en lo normado en el artículo 62 literal a) numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo. Presentó como excepciones de mérito las de «inexistencia de los derechos invocados reconocer y ordenar pagar», «improcedencia de las indemnizaciones reclamadas», «carencia de justas causas y título para pedir», «cobro de lo no debido». (fls. 41 a 47).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 13 de noviembre de 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de «improcedencia de la indemnización reclamada», y condenó en costas a cargo de la parte accionante.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, resaltó que en el contrato de trabajo, en su cláusula 5 se indica que son justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo “la violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones”; asimismo, adujo que dentro del expediente obra el memorando de fecha 25 de noviembre 2016 suscrito por el demandante, en el cual la demandada le comunicó a los trabajadores que el uso del celular en el puesto de trabajo no estaba permitido.

Respecto al accidente ocurrido en las instalaciones de la demandada al 24 de diciembre 2018, conforme al acta de diligencia rendida por el demandante ante la Superintendencia de Puertos y Transporte a folio 11 y el acta de descargos rendida por el demandante ante la coordinación de gestión humana de la demandada, señaló el despacho que el demandante confesó que al momento del incidente estaba intentando comunicarse telefónicamente con su hermana, motivo por el que no escuchó el timbre de la máquina cuando reduce la velocidad llegando a la torre, como tampoco realizó las maniobras tendientes a que la máquina frenara de emergencia, del mismo modo, del dicho del demandante, precisó el despacho que este conocía de la prohibición de usar el celular en horario laboral y que pese a ello tenía puestos los manos libres, lo que ocasionó que no escuchara los sonidos de la máquina; logrando así demostrar la justificación del despido y por tanto desvirtuar lo manifestado por la parte actora, al considerar que su despido fue injusto, toda vez que resultó claro que las conductas descritas en la carta de terminación del contrato referentes al choque del teleférico ocurrió el 24 diciembre 2018, se encuadran en lo preceptuado en los numerales 4 y 6 del código sustantivo del trabajo artículos 62 , así como del artículo 58.

Por otro lado resaltó lo dicho por el representante legal de la demanda en el interrogatorio de parte, en el cual indicó que según la investigación técnica el accidente ocurrió debido a la sobre velocidad de la cabina que pudo haberse evitado si el demandante hubiera estado pendiente del viaje y consecuencia hubiera procedido a activar el freno emergencia. Asimismo, de lo dicho por los Testigos John Pinilla y Darwin Barreto, testigos del accidente, quienes concordaron al indicar que el accidente fue producto de una falla electromecánica y que pudo haberse activado el freno de emergencia; afirmación que está en concordancia con lo dicho por el testimonio de Julieth Bermúdez, quien fue la encargada de los descargos del señor LUIS ALEXANDER JIMENEZ LEAL, precisó que este conocía el manual de funciones para el cargo de maquinista y la prohibición de uso de celular; resaltó que de la grabación del accidente del 24 diciembre 2018 se evidencia que el demandante tenía el celular en el puesto de trabajo y hacía uso de manos libres; finalmente el señor Raúl Eduardo, agregó que si bien de la investigación técnica se concluyó que las máquinas tuvieron una falla, afirmó que pudo ser subsanada con la activación del freno manual.

Por lo anterior, precisó el Juzgado que es claro el demandante estaba dentro del radio de acción para evitar el resultado gravoso, en razón a que debía estar atento a la operación de la cabina para así poder activar el freno emergencia, y evitar las lesiones personales, como los daños de las máquinas; concluyó si bien el despido no se debió a la culpa exclusiva del trabajador, se encuentra que el accionante incumplió gravemente con sus responsabilidades como trabajador, al ausentarse de la cabina de control y activar el viaje automático.

APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte accionante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, solicitando que la misma sea revocada en su totalidad; para el efecto, argumentó que la demandada concentró la responsabilidad del accidente ocurrido el 24 de diciembre de 2018 en el señor LUIS ALEXANDER JIMÉNEZ LEAL, pese a que los conductores de cada una de las cabinas tenían a su alcance dos sistemas de frenado en caso de emergencia, así como un botón de emergencia y una guaya accionada por una palanca. Igualmente, adujo que pretende la demandada ocultar la causa eficiente que fue una falla técnica, y procura mostrar como único responsable de dicho accidente al demandante, dejando a un lado la responsabilidad de los operarios y conductores de las cabinas. Resaltó que el accionante tenía diferentes funciones, conforme al folio 23, donde se evidencia que vendía tiquetes, realizaba aseo de las cabinas, se encargaba de la entrega de cuentas y contestar teléfonos.

Asimismo, precisó que el hecho de que el señor LUIS ALEXANDER JIMÉNEZ LEAL tuviera colocados los manos libres, ello no demuestra que estuviera usando su teléfono celular, del mismo modo, resaltó que el día del accidente el demandante estuvo realizando un turno desde las 5 o 5:30 de la mañana hasta las 4:30 de la tarde, hora aproximada en la que ocurrió el accidente. Añadió que de lo manifestado por el señor Raúl Eduardo Díaz, jefe del departamento técnico, se pudo establecer que los conductores de las cabinas no alcanzaron a accionar los dos sistemas de frenado, y que la causa eficiente del accidente fue ocasionada por un aspecto técnico y no humano, al no ocasionar la sobre velocidad presentada, por cuanto esta no dio tiempo para que los conductores accionaran el sistema de frenado, siendo los responsables inmediatos y solidarios de lo ocurrido; insistió que la velocidad es un aspecto técnico mecánico que no permitió que el maquinista demandante accionara el sistema de frenado en la mesa de control, así estuviera presente de manera visual en la cabina; aseveró que quienes de manera inmediata detectan una sobre velocidad y quienes deben accionar de primera mano fueron los conductores, evento que no ocurrió al tratarse de una falla técnica eléctrica o mecánica del sistema de funcionamiento de las cabinas; sin embargo

el demandante Luis Alexander Jiménez fue despedido el día 15 enero 2019 sin justa causa, como único responsable según su empleador.

Concluyó que los señores John Alberto pinilla León y Darwin Gerardo Barreto Navarro conductores de las cabinas continúan trabajando para la demandada habiendo sido responsables solidarios inmediatos del accionar del frenado de la cabina.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión en similares términos a la apelación y contestación de la demanda, como se observa a folios 165-171 y 173-174.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la finalización del vínculo laboral ejecutado entre el empleador TELEFERICO A MONSERRATE S.A. y el señor LUIS ALEXANDER JIMÉNEZ LEAL, obedeció a las justas causas alegadas por el empleador.

CONSIDERACIONES

En primera medida no es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 08 de junio de 1998 y el 4 de enero de 2019 según se desprende de la copia del contrato de trabajo (fls.14 a 15, 48 a 49), como del otrosí (fls.16 y 17), y de la carta de terminación del vínculo laboral (fls. 18 y 85, lo cual da cuenta que el actor desempeñó inicialmente el cargo de mecánico eléctrico del SENA y luego, como maquinista de las cabinas del teleférico, bajo la modalidad de contratación a término indefinido.

Ahora bien, es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para la terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

También se debe tener cuenta que en reiteradas ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido, y al

empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la terminación del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente, ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que esta circunstancia, es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación; por consiguiente, el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal. Siendo obligación del empleador expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o motivo que lo llevó a tomar esa determinación, calificando la falta adecuadamente como trascendental y capaz de romper el vínculo contractual que los une.

Para resolver el problema jurídico planteado es menester indicar que como lo ha reiterado la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, frente al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, quien alega su configuración está en la obligación de demostrar ese hecho. En tal sentido, como ya se dijo el despido realizado por la parte demandada se realizó a través comunicado obrante a folio 18, con fecha 4 de enero de 2019, el cual, en su contenido se especificó que la terminación obedecía a lo siguiente:

«En razón al accidente del teleférico ocurrido el 24 de diciembre de 2018, aproximadamente a las 04:30 pm, oído en diligencia de descargos en la que estuvo acompañado por el señor Guido Armando Villegas Piedrahita, realizada el 27 de diciembre de 2018, teniendo en cuenta lo declarado por usted al Grupo de Vigilancia e Inspección de la Delegatura de Tránsito y Transporte Terrestre Automotor de la Superintendencia de Puertos y Transportes, dentro

de la visita de inspección realizada a esta compañía el 27 de diciembre de 2018, así como la grabación de video que muestra las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el aludido accidente, desprendiéndose de todo ello que usted incurrió en grave incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales así como también las ordenes e instrucciones que se le habían impartido verbalmente y por escrito para el desempeño del cargo de maquinista y el procedimiento de operación de la máquina, al perder contacto visual permanente con la consola de la cabina por haberse retirado para hablar por teléfono móvil, lo cual también está prohibido hacer estando el equipo en movimiento, incumplimientos que causaron el accidente y las lesiones a personal de la empresa y a usuarios del servicio de transporte de personas que presta e, igualmente, graves y costosos daños a los equipos que estaban a su cargo y a las instalaciones de esta compañía a más de los daños reputacionales causados a esta última, todo lo cual constituye grave negligencia en el desempeño de su cargo pues puso en peligro la vida y seguridad de esas personas y de los bienes y equipos de esta compañía, razón por la cual se ha decidido terminar su contrato de trabajo con justa causa conforme a las normas contractuales, legales y reglamentarias. Esta decisión se hace efectiva a partir de la fecha».

Así entonces, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa, alegando que el actor habría incurrido en grave incumplimiento de sus obligaciones, la cual causó múltiples daños a los equipos de trabajo, a personas que se encontraban haciendo uso del servicio de transporte y a la reputación de la sociedad, señalando que la terminación del contrato de trabajo atendía al incumplimiento de normas contractuales, legales y reglamentarias.

El demandante con miras a probar que fue despedido sin justa causa, arrió las siguientes pruebas documentales:

- Acta de diligencia de declaración rendida por el señor Luis Alexander Jiménez Leal, dentro de la visita de inspección realizada a la empresa TELEFERICO A MONSERRATE S.A., donde el actor dijo: «...inicié mis labores a las 5.00 a.m., me dirigí con el compañero CARLOS MOLINA al teleférico para que nos hicieran el primer viaje que nos hacen siempre y yo recibí la maquina en ese momento dando paso a la labor que debo realizar ese día hasta el cierre del servicio, esto se hace en común acuerdo con el otro maquinista de trabajar el 24 o 31 de diciembre y a mí me tocó trabajar el 24 de diciembre. Trabajé normal, ya sobre la hora del accidente llevábamos aproximadamente 90 viajes en los que no había pasado nada, al momento de hacer el viaje del incidente

hago la maniobra que se hace con el sistema automático que se llama reactivar y le doy paso a la cabina que desciende, desbloqueo el sistema de monitoreo y veo que la maquina arranca a su velocidad normal e iniciando el viaje normal, después de esto me retiro unos segundos a unos teléfonos que quedan en la parte derecha del control en donde intenté hacer una llamada y estuve unos minutos ahí, no escuché el timbre que se acciona cuando el coche va llegando a la torre para disminuir la velocidad, eso lo activa una platina que está ubicada en el control del teleférico la cual activa el micro haciéndole reducir la velocidad, en este caso no sé qué pasó porque no se bloqueó la cabina y en cuestión de segundos yo vi la cabina ya estrellada en la pared y no tuve tiempo de accionar el freno de emergencia» (fls. 6-8).

- Acta de diligencia de descargos del 27 de diciembre de 2018, donde el actor manifestó en síntesis, que en el momento del incidente primero vio que el viaje arrancara bien, realizó la maniobra que siempre se hacía la cual era activar el automático, y se retiró de su puesto de trabajo en cuanto empezó el viaje; que estaba intentando comunicarse con su hermana ya que había quedado en devolverle la llamada; indicó que estuvo mirando unos teléfonos y que se pasaron unos 4 minutos, que lo que alcanzó a ver fue el carro ahí ya chocado; dijo que no escuchó el timbre que se activa cuando la maquina reduce la velocidad, explicó que el carro puede funcionar en automático y en manual Ward Leonard, que cuando está en manual se debe estar pendiente para bajarle la velocidad, pero que si está en automático no se debe realizar la parada de emergencia porque él mismo hace las ramplas, más sin embargo, ese día no las realizó, no se escuchó el timbre ni tampoco el fin de carrera que lleva el carro terminando la cabina. Añadió que es esos momentos tenía el manos libres en los oídos, porque iba a realizar una llamada, aunque insistió que el teléfono celular lo había guardado en su maleta momentos antes (fls. 9-13).
- Contrato de trabajo y OTROSI al contrato de trabajo (fls. 13-17).
- Carta de terminación de contrato de trabajo (fls. 18).
- Liquidación del contrato de trabajo (fls. 19).
- Memorando de entrega del manual de funciones (fls. 22-23).

Por su parte, la demandada TELEFERICO A MONSERRATE S.A., allegó las siguientes documentales:

- Contrato de trabajo (fls. 43-49).
- Hoja de vida del demandante (fls. 50-52).
- Evaluación auxiliar de mantenimiento realizada al actor (fls. 53-57).

- Acta de diligencia de declaración rendida por el señor Luis Alexander Jiménez Leal, dentro de la visita de inspección realizada a la empresa TELEFERICO A MONSERRATE S.A. (fls. 59-63).
- Versión libre Evaristo Rodríguez Granados, quien señaló ser maquinista desde hace 8 años, explicó el funcionamiento de las máquinas y lo que se debe hacer para operar cada uno de ellos (fls. 64-65).
- Versión libre Luis Orlando González Flautero, quien señaló ser maquinista desde hace 18 años, explicó el funcionamiento de las máquinas y lo que se debe hacer para operar cada uno de ellos (fls. 66-67).
- Memorando de entrega del manual de funciones (fls. 68).
- Manual Operativo del teleférico (fls. 70-75).
- Citación a diligencia de descargos (fls. 76).
- Acta de diligencia de descargos del 27 de diciembre de 2018 (fls. 77-81).
- Memorando Prohibición uso del celular en el lugar de trabajo, con firma de recibido del demandante (fls. 82-83).
- Carta de terminación contrato de trabajo (fls. 85).
- Liquidación definitiva del contrato de trabajo (fls. 86).
- Cronograma de mantenimiento de equipos del año 2018 (fls. 87).
- Plan de mantenimiento del teleférico Monserrate (fls. 88-96).
- Contrato de suministro e instalación de equipos (fls. 97-106).
- CSA Convenio de servicios mantenimientos preventivos (fls. 107-114).
- Facturas de mantenimiento (fls. 115-121).
- Versión libre Señor Johan Alberto Pinilla Muñoz, quien relató los hechos ocurridos el 24 de diciembre de 2018 (fls. 122).
- Acta de diligencias de descargos Darwin Barreto Navarro (fls. 123).
- Informe de la investigación del accidente con énfasis en aspecto humano y de seguridad industrial, el cual concluyó: «los protocolos y procedimientos establecidos por la empresa Teleférico A Monserrate para el ejercicio del cargo de maquinista, en condiciones normales y de contingencia, fueron desconocidos por el Señor Alexander Jiménez. El informe técnico que analizó los hechos acaecidos el 24 de diciembre de 2018, en concordancia con lo establecidos en los manuales de emergencia, determinó que la colisión de las cabinas no se habría presentado, si el maquinista hubiese activado el freno de emergencia ubicado en el cuarto de control» (fls. 124-138).

Asimismo, se recepcionaron los interrogatorios de parte tanto del representante legal de la sociedad demandada como del demandante, de la siguiente manera:

- REPRESENTANTE LEGAL SAMUEL CEPEDA, manifestó que es representante legal de la empresa Teleférico de Monserrate desde hace 21 años; precisó que

cada una de las cabinas del teleférico deben funcionar con un conductor, que las funciones de estos son las de ingresar a los pasajeros sin sobrepasar el número, avisar al maquinista que el viaje ya está listo, para poder sujetar mediante un sistema de timbres que se tienen establecidos; así como estar atento en el viaje sobre el recorrido para lograr llegar sin inconvenientes; del mismo modo, señaló que deben estar atentos a los sistemas que tiene el vehículo, que son sistemas de seguridad y sistemas de comunicación con la otra cabina y con el cuarto de control de la estación Superior, resaltó que los conductores tienen un entrenamiento previo, en donde se les enseña a manejar los sistemas de timbre y comunicación; que en el caso de una emergencia hay unos frenos que se accionan desde la misma cabina; agregó que el sistema automático de frenado en caso de emergencia funciona desde la estación, debiendo accionar manualmente un botón rojo para detener el motor; por otra parte en cuanto a las funciones que desempeña el maquinista, precisó que es la persona encargada de dar el inicio al viaje de los carros accionando un botón, su función es permanecer atento al recorrido de los carros durante el trayecto, observando desde su consola de control y desde una ventana que le permite ver la llegada de los carros más o menos 150 metros, añadió que entre otras funciones están la de una revisión previa antes de iniciar la operación del vehículo, revisando que todo en perfectas condiciones; aseveró que en el cuarto de control donde prestaba sus servicios de maquinista, existían dos teléfonos para que atendiera llamadas de tipo operativo y administrativo. Resaltó que de la investigación realizada se determinó que los dos conductores de las cabinas en el momento del accidente, no alcanzaron a accionar los sistemas de frenado, manifestó que conforme a la investigación en el momento en que se sintió la sobre velocidad del vehículo, uno de los conductores lo que hizo fue proteger a una señora estaba a su lado y que tenía un niño de brazos, y que el otro conductor dio aviso a los pasajeros para que se acostaran en el suelo y se sujetaran; recalcó que estos no fueron despedidos por este accidente; del mismo modo precisó que se pudo determinar que causa fundamental del accidente fue una sobre velocidad en el momento de llegada a las cabinas a las estaciones, que los maquinistas no lograron activar los sistemas de parada de emergencia con los que cuenta en el tablero de control, en razón a que el maquinista no estaba atento a la operación al viaje, si no se encontraba haciendo una llamada telefónica como se evidencia en los vídeos, razón por la cual sólo se dio cuenta del accidente cuando sintió el golpe de la cabina contra el cuarto de control.

- En el interrogatorio parte la demandante el señor LUIS ALEXANDER JIMÉNEZ, precisó que recibió capacitaciones para ocupar el cargo que desempeñaba, que tenía conocimiento del manejo de las máquinas, ya que

durante seis años laboró en el área de mantenimiento, y posteriormente ingresó en el manejo operativo; que entre sus funciones se encontraban las de verificar el estado de las máquinas, resolver las fallas y avisar cualquier novedad en su funcionamiento, así como estar pendiente del control de mando, de los tableros, del sistema de seguridad de frenos, el sistema de cámaras, el aseo de la máquina, de los baños, las cabinas, así mismo detalló que debía llenar planillas de control a diario, y contestar las líneas 113 y 117, cómo contestar el radio base, estar pendientes de las cámaras, y alistar la taquilla; del mismo modo reconoció que la demandada le entregó memorando con la prohibición del uso de medios de comunicación; y que perdió contacto permanente con la cabina por haberse retirado a hablar por teléfono a 1 metro de la consola, concluyó que efectivamente el día del accidente tenía los manos libres en sus oídos.

Igualmente, se recepcionaron los siguientes testimonios:

- Testimonio JOHAN ALBERTO PINILLA MUÑOZ, precisó que conoció al señor Jiménez cuando trabajó para la empresa Teleférico de Monserrate, que trabajó en el cargo de supernumerario durante dos años y cuatro meses, desde noviembre del año 2017, hasta marzo 12 del 2020; recalcó que sus funciones eran las de registrador, operario en las cabinas de teleférico o funicular, precisó que en algunas ocasiones también hizo unos turnos en taquilla; en la misma medida comentó que el accionante tenía el cargo de maquinista, que trabajó aproximadamente 20 años en la empresa; recordó que el 24 de diciembre del 2018 las dos cabinas se estrellaron contra su respectiva estación, la inferior con la parte de abajo y la superior con la parte de arriba, que iba como operario de la cabina que quedó en la parte inferior, indicó que las cabinas ya iban llegando a su respectiva estación, cuando aceleraron golpeándose en contra de los respectivos cárcamos de embarque, agregó que conforme las capacitaciones que le han brindado en la empresa, el funcionamiento de las cabinas cuenta con dos auxiliares uno en la cabina norte y lo otro en la cabina sur; que su función es embarcar a los pasajeros, brindarle los protocolos de seguridad, contestar las preguntas que algunos de ellos hacen, así como darle la salida cuando finalice el viaje, en caso de tener algún emergencia, accionar el respectivo freno; indicó que el maquinista es quien conduce la cabina, debe estar pendiente del monitoreo durante el recorrido, y que el operario que va en cada cabina en caso de una avería mecánica, debe activar el freno de emergencia y dar la salida a las pasajeros; recordó que en el momento en que ocurrió el accidente abrazó a una pasajera que iba con un bebe tipo canguro para que no se golpeará contra la puerta, y que no le dio tiempo para activar los frenos, pese a que resaltó la cabina cuenta con diferentes sistemas de freno, explicó que el principal es uno que se

acciona por medio de una palanca y el botón rojo, que cuando se acciona detiene la cabina, que estos frenos los pudo activar el operario que se encontraba en la cabina; recalcó que recibió una inducción teórica sobre el manejo de las cabinas, que se les habló de una capacitación real donde se activara el freno de emergencia, sin embargo les decían que las máquinas sufren muchas alteraciones por hacer este tipo de frenado.

- Testimonio de DARWIN BARRETO NAVARRO, quien desempeñó el cargo de auxiliar de servicio, durante dos años y dos días, desde noviembre de 2018; que conoció al demandante porque trabajaba en la empresa en el cargo de maquinista de teleférico y funicular, que entre sus funciones tenía las de: el manejo de los equipos de la empresa, el control de mando, el monitoreo, el resguardo de su equipo, su consola, el sistema eléctrico y mecánico; mencionó que en la actualidad el señor Jiménez no labora en la empresa con ocasión a lo ocurrió en el mes de diciembre, cuando las cabinas chocaron al llegar a las estaciones por una falla eléctrica, mecánica y también por el no control del operario; precisó que él iba en la cabina que iba subiendo, que no sintió ninguna falla, y que llegando a la torre, la cabina arrancó de inmediato, recordó que fueron 5 segundos donde ya estaban estrellados, que para él la velocidad aumento, resaltó que su reacción fue decirle a los pasajeros que se lanzaran al piso, porque insistió que no hubo tiempo de activar el freno.
- Testimonio de JULIETH BERMUDEZ, quien explicó que trabaja hace 7 años en la empresa Teleférico de Monserrate en el área de gestión humana y seguridad industrial, que conoció al demandante cuando este trabajo en la empresa, en el cargo de maquinista, hasta enero 0 febrero de 2019, recalcó que el contrato de trabajo terminó debido al incumplimiento del protocolo de seguridad y funciones del cargo, resaltó la existencia de un manual de funciones y de protocolo de condiciones de seguridad, y la prohibición de utilizar teléfonos móviles; adujo que el señor Alexander se encontraba realizando llamada telefónica por el teléfono fijo, evento que afirmó se alcanza a ver en el video, donde se le ve hablando con el teléfono fijo, usando los manos libres y su celular cuando cae al piso; indicó que se ve que el viaje inicia, y que el señor Alexander se retira del campo de visibilidad y de la consola, pese a que su responsabilidad es de mantenerse en esta posición para mantener la visibilidad del equipo y reaccionar ante cualquier eventualidad; recalcó que cuando inicia el viaje se evidenció que él hace un movimiento de la consola hacia el teléfono y se ve movimientos en su boca, en ese momento se evidencia la postura del manos libres y según su declaración cuando percibe el choque hace un movimiento hacia adelante se le cae el celular y los audífonos, resaltó que posterior a ello se

procedió a retirar al señor Alexander de sus actividades, mientras se evaluaba la razón de ser de la situación, se pasó al área de mantenimiento técnico, mientras se hizo la investigación, y los descargos, a fin de verificar si tenía conocimiento que no debía usar el celular y el teléfono fijo para llamadas personales, evidenciando el incumplimiento de su cargo y de sus funciones; explico que concretamente el demandante incumplió la misión del cargo, que es estar pendiente de las eventualidades en el ascenso y descenso de los medios de transporte; aseguró que en los descargos el accionante afirmó haber recibido capacitación de parte de la empresa; precisó que en el cuarto hay 2 teléfonos, uno es para comunicarse con las cabinas y el otro para una emergencia como el 123 o similar, que la jornada del señor Alexander era de 5:30 a 3pm.

- Testimonio del señor RAUL EDUARDO DÍAZ, quien es profesional en electromecánica, y trabaja en el departamento técnico del Teleférico de Monserrate desde hace 18 años, comentó ser el supervisor de seguridad industrial y supervisión estratégica; indicó conocer al demandante ya que este perteneció al departamento técnico, ejerciendo labores de mantenimiento y posteriormente fue ascendido al cargo de maquinista, aproximadamente en el año 2009, hasta el 24 de diciembre de 2018, fecha del accidente, manifestó que el contrato terminó con ocasión al accidente, precisó que el día del accidente, el maquinista era el señor Alex Jiménez y los conductores eran Darwin y Johan Pinilla, quienes eran los encargados de las cabinas, resaltó que lo que ocurrió fue que las cabinas chocaron contra la estación inferior y la superior, ocasionando daños materiales y a las personas que iban dentro de las cabinas del teleférico; comentó que la empresa Teleférico de Monserrate contrató a dos compañías por un lado para hacer las reparaciones a las cabinas porque sufrieron un deterioro y para hacer la investigación, aseguró que el resultado de esto fue que hubo una falla humana y técnica, y que conforme al video, se evidenció que desde que se inicia el viaje el señor Jiménez no está frente al control del teleférico, recalcó que para el momento del accidente estaba en modo automático, porque tiene dos formas de manipularse, uno manual mediante el cual el maquinista va regulando la velocidad manualmente, y el automático que hace todas las funciones de iniciar de iniciar su viaje, en el que el maquinista debe tener una supervisión constante sobre las variaciones que pueda sufrir el sistema durante el recorrido; así mismo recalcó que se evidenció del video que una vez iniciado el viaje, el señor Jiménez se hace a un lado y pierde la visión del pupitre, desde el cual tiene visión sobre la cabina de más o menos 50 O 60 metros antes de que el carro llegué a la estación, y que al no tener contacto visual pierde control, pues no tiene una supervisión sobre el sistema de ninguna índole, solamente lo que el sistema

automático pueda dar; insistió que del video se evidenció que tenía los audífonos puestos y estaba aparentemente ahí con el celular, ya que en el momento que ocurre el impacto de las cabinas con la estación se le caen celular y se evidencia del video cómo se caen los audífonos, estando retirado aproximadamente a 1, 2, o 3 metros del sitio donde debería estar todo el tiempo durante el recorrido; por otro lado, recalcó la recomendación por escrito de la restricción en el uso del móvil durante el viaje, con el fin de no perder la atención sobre los controles del pupitre, respecto a los mantenimientos dijo que estos se hacen semanales, mensuales, semestrales y anuales, ya que tienen mantenimientos diferentes de acuerdo a las partes del teleférico, pero están en un seguimiento constante, y el mantenimiento preventivo, precisó que existe una capacitación llamada “disparo de freno”, que se hacía con canecas de agua de 55 galones para simular peso, mínimo 1 vez por año, resaltó que el maquinista en su pupitre de control tiene aproximadamente 5 maneras de detener el coche, que se puede accionar dentro de las cabinas y la sala de máquinas, accionando una palanca para detener las cabinas, además comentó que tiene la obligación de supervisión, de regular la velocidad, maquinista comienza a evidenciar a través de los velocímetros que son análogo y digital, la disminución de la velocidad, si esta no llegará a disminuir tiene un sistema donde disminuye esa velocidad a un metro por segundo, que su velocidad original es de 5 metros por segundo, resaltó dentro de la cabina no hay ningún elemento que permita verificar la velocidad, caso contrario del cuarto de control que contaba con 2 velocímetros.

Revisado el elenco probatorio, sin hesitación alguna puede afirmarse que en la terminación del contrato de trabajo del actor medió justa causa, como quiera que se acreditó en el juicio que éste incumplió sus obligaciones al no ejercer la suficiente diligencia y control en lo que tenía que ver con sus funciones como maquinista, y que como consecuencia de esto, ocurrió accidente el día 24 de diciembre de 2018, donde no solo hubo una afectación económica en cuanto a las cabinas y maquinarias averiadas, sino que se puso en peligro la vida las personas que en el momento habían tomado ese medio de transporte.

Aunado lo anterior, para esta Sala hay varios puntos a tomar en cuenta para confirmar esta decisión, el primero de estos sería las manifestaciones del mismo demandante tanto en la diligencia rendida ante la Superintendencia de Puertos y Transporte, los descargos y el interrogatorio de parte, referentes al uso de celular y auriculares pese a que no estaban permitidos en el área de trabajo, así como el hecho de haberse alejado de la consola de mando y haberse distraído sin justificación alguna, cuando un viaje se encontraba en curso y debía prestar toda la atención al mismo, lo cual propició la ocurrencia del accidente antes mencionado, al no haber sido accionado el freno de

emergencia manual, lo que le correspondía realizar al actor en su rol de Maquinista. Asimismo, de las múltiples pruebas expuestas en precedencia, se pudo evidenciar que, aunque se trató de una falla de índole mecánica de las cabinas, el accidente pudo ser evitado si el actor hubiere estado cumpliendo a cabalidad sus funciones la tarde del 24 de diciembre de 2018; situación que también puede proponerse frente a los conductores de las cabinas DARWIN BARRETO NARANJO y JOHAN ALBERTO PINILLA MUÑOZ, quienes indicaron que al tomar estas una velocidad tan alta, no habrían alcanzado a activar el freno desde las cabinas pues priorizaron la ayuda a los ocupantes, lo cual deja al descubierto que como último recurso, quien debía accionar el freno desde el cuarto de control, era el señor LUIS ALEXANDER JIMÉNEZ LEAL.

Además, de las pruebas analizadas, también se pudo determinar que el actor se encontraba debidamente capacitado para cumplir con sus funciones y que le había sido notificada la prohibición del uso del celular en su área de trabajo. Adicional a ello, se evidenció que del Informe de la investigación del accidente realizada con énfasis en aspecto humano y de seguridad industrial, se concluyó que los protocolos y procedimientos establecidos por la empresa Teleférico A Monserrate para el ejercicio del cargo de maquinista, habían sido desconocidos por el Señor Alexander Jiménez, y que además el informe técnico que analizó los hechos acaecidos el 24 de diciembre de 2018, en concordancia con lo establecidos en los manuales de emergencia, determinó que la colisión de las cabinas no se habría presentado, si el maquinista hubiese activado el freno de emergencia ubicado en el cuarto de control.

Es un hecho entonces, de acuerdo con las pruebas antes reseñadas que como lo concluyó el Juzgado, en el juicio se demostró que el demandante incurrió en un proceder irregular en el desempeño de sus funciones, lo cual constituyen faltas graves que no pueden calificarse de otra forma distinta a como lo hizo la empresa demandada al desvincularlo de su relación laboral, pues en efecto incurrió en las causales legales que facultan al empleador para dar por terminado con justa causa el respectivo contrato de trabajo, ya que incumplió con sus deberes y obligaciones.

Se debe tener en cuenta, que no existe obligatoriedad de agotar un procedimiento disciplinario previo a la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, y su ausencia en manera alguna vicia o afecta de validez el despido, pues por sabido se tiene, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha indicado que el despido no es una sanción disciplinaria por lo que no es necesario el adelantamiento previo a éste de un proceso disciplinario, máxime cuando como ocurre en el sub lite no se acreditó la existencia de norma convencional o de reglamento interno del trabajo, que así lo dispusiera; no obstante lo anterior, tal como ya se indicó, el demandando TELEFERICO

A MONSERRATE S.A., sí efectuó las debidas investigaciones y citó al actor a diligencia de descargos así como a diligencia ante la Superintendencia de Puertos y Transporte, a fin de respetar su derecho al debido proceso.

Así entonces, las situaciones que rodearon la desvinculación de la demandante, se comprobaron con fuerza de plena prueba y por consiguiente generan en esta Sala la convicción inequívoca acerca de que el despido de que fue objeto el demandante, se soportó en causales legalmente establecidas como justas.

Aunado a lo anterior, para que el trabajador se haga acreedor a la protección legal y sea merecedor de la indemnización por despido injusto, debe demostrar que cumplió con todas las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, entre las que se encuentran el ejercer en debida forma las actividades para las que fue contratado, bajo los parámetros y en las condiciones estipuladas por su empleador; por lo cual es claro entender que la violación de tales obligaciones resulta suficiente para dar por finalizado el vínculo.

Por las anteriores razones procede la absolución de la condena pretendida por despido injusto, como lo consideró el a quo, razones por las cuales se confirmará la sentencia recurrida.

Para finalizar, es importante destacar que el apoderado del demandante presentó en los alegatos de conclusión nuevos hechos y nuevas pruebas, lo cual en esta instancia del proceso es de entender que no está permitido. De esta manera, no se tomarán en cuenta. Al respecto resulta pertinente hacer mención a la sentencia N°37.524 del 24 de mayo de 2011, Magistrado Ponente GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, la cual manifiesta:

“Ha explicado con reiteración esta Sala de la Corte que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social es claro en exigir, para que el juez pueda ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, que “...los hechos que los originen hayan sido discutidos en juicio y estén debidamente probados”, indispensable supuesto que, por lo dicho, no se presentó en este caso, porque fue solamente a partir del escrito de apelación que se propuso por la parte actora la eventual causación de una pensión por retiro voluntario.

En casos similares al presente, esta Sala de la Corte se ha pronunciado en numerosas ocasiones, de las que es ejemplo la sentencia de 20 de agosto de 1996, radicación 8430, en la que expresó lo que a continuación se transcribe:

“Con todo se advierte que el sentenciador apreció la demanda en el sentido de que en ella no se planteó “..que el demandante hubiera percibido suma alguna por concepto de alquiler de vehículo, alimentación y alojamiento y menos se alegó que esta suma tuviera carácter salarial...”, de esta manera estableció que al otorgar carácter salarial a estos suministros del demandante para luego ordenar los reajustes en cuestión, el a-quo se excedió en su facultad de decidir extrapetita dado que el artículo 50 del C.P.L “...es perentorio al expresar que para que el juez de primera instancia pueda condenar extra petita es condición sine qua non que los ‘hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados’, pues no se puede pasar por alto el derecho de defensa que tiene el demandado y al debido proceso...”

“Entonces bajo estos supuestos que debió aceptar el recurrente, en tanto formula su ataque por vía directa, sin cuestionar tampoco la hermenéutica otorgada por el fallador a las normas reguladoras del tema en debate, es claro en sentir de la Sala que no existe error en la conclusión jurídica del ad-quem relativa a que fue mal utilizada por el a-quo la facultad de decidir extra petita, pues si el reajuste pedido por el demandante no se fundó en la consideración salarial del alquiler de vehículo, la alimentación y el alojamiento, al otorgarlo por estos conceptos la decisión de primer grado, vulneró ostensiblemente las normas sobre congruencia aplicables en materia laboral (C.P.L, art 50 en concordancia con el artículo 306 del C.P.C), pues el juez laboral de primera instancia carece de facultad para otorgar al respectivo actor derechos con base en circunstancias que no hayan sido alegadas por las partes en la oportunidad procesal para hacerlo, ya que su potestad para reconocer conceptos no pedidos está condicionada a que los supuestos de hecho generadores hayan sido discutidos en el juicio.”

En estas condiciones, el cargo no tiene vocación de prosperidad, porque a pesar de que el Tribunal abordó el estudio del tema de la pensión voluntaria a que se refiere la acusación, y concluyó que era improcedente porque el demandante durante la relación laboral estuvo afiliado a la seguridad social, con lo que aplicó equivocadamente el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 que no era pertinente por no encontrarse vigente para cuando se produjo la desvinculación del actor, de darse trascendencia suficiente a ese error para casar la sentencia, en sede de instancia la Corte hallaría que no es posible el estudio de la viabilidad de esa pensión en este caso.”

De acuerdo a lo anteriormente expresado, la Sala no tomará en cuenta aquello relacionado con nuevos hechos y nuevas pruebas, toda vez que no fueron discutidas en primera instancia, y éste no es el momento procesal para ello, por lo cual se confirmará la sentencia en todas sus partes. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

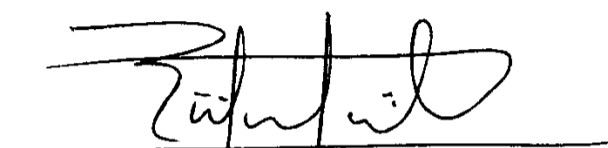
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

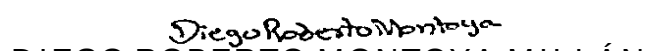
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA DEL PILAR MARTÍNEZ GARCÍA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-004-2019-00444-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de febrero del 2021.

ANTECEDENTES

La señora MARIA DEL PILAR MARTÍNEZ GARCÍA pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante RAFAEL ALFONSO URBINA ANGEL, a partir del 09 de octubre de 2018, por el monto equivalente al 25% del valor total de la pensión que en vida recibía el causante, junto con los incrementos y ajustes; el acrecimiento al 50% del valor de la pensión de sobrevivientes, una vez, cumplidas las condiciones de Ley por escolaridad de su hijo menor, Simón Jacobo Urbina Martínez. Así mismo, se condene a la accionada al pago de los intereses moratorios, sobre el valor de la mesada pensional reconocida, desde el 09 de octubre de 2018 y hasta que se efectúe el pago; finalmente, se le condene a lo que resulte probado en el proceso, conforme a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el causante RAFAEL ALFONSO URBINA ANGEL falleció el 08 de octubre de 2018, con quien convivió

como compañera permanente desde el 25 de abril de 1998 y hasta la fecha del fallecimiento del occiso, esto es, 20 años, cinco meses y trece días; periodo en el que vivieron en un apartamento de Bogotá, haciendo vida en común, compartiendo lecho, techo y habitación; fruto de su unión, procrearon a Simón Jacobo Urbina Martínez, quien nació el 01 de marzo de 2005. De otro lado, el 11 de septiembre de 2018 mediante declaración juramentada de ambos ante la Notaria 59 de Bogotá, declararon vivían en unión marital de hecho bajo el mismo techo, compartiendo de manera permanente y singular, naciendo un hijo, Simón Jacobo Urbina Martínez, quien tenía 13 años de edad y dependía económicamente de sus padres. Que el 07 de noviembre de 2018, actuando en calidad de compañera permanente del causante y como representante legal de su hijo, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en cuantía del 50% a su favor y el otro 50% a favor de su menor hijo; no obstante, la administradora mediante Resolución ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge Herminda Duarte de Urbina, con quien no se disolvió la sociedad conyugal y a favor del menor Simón Jacobo Urbina Martínez, cada uno con un 50%, razón por la cual, interpuso recurso de apelación contra la decisión aludida, cuya respuesta confirmó la anterior decisión. Aunado a lo anterior, la accionada no valoró la declaración juramentada del 11 de septiembre de 2018, aportada con su reclamación pensional; a su vez, interpuso acción de tutela contra la demandada con el fin de que esta dejara en suspenso el derecho reclamado, al existir controversia con la cónyuge, hasta que la Justicia ordinaria no decidiera de fondo el asunto, cuya respuesta fue negada por el Juzgado 34 Laboral del Circuito y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral (Fls.02 a 06).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Al proceso fue vinculada la señora HERMINDA DUARTE de URBINA, bajo la figura de la intervención excluyente, quien dio contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que, a la actora no le asiste el derecho invocado en la demanda, pues no ostentó la calidad de compañera permanente con el causante RAFAEL ALFONSO URBINA ANGEL, teniendo en cuenta que la relación entre ellos fue extramatrimonial y procrearon un hijo, pero nunca vivieron de manera permanente e ininterrumpida con el pensionado fallecido, ni tampoco compartió con él techo, lecho y mesa, tal como lo acreditó la administradora demandada en la Resolución que ordenó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la señora Herminda Duarte de Urbina, en calidad de cónyuge supérstite, quien a través de pruebas documentales, testimoniales y según informe administrativo por esta entidad se acreditó la convivencia ininterrumpida y

permanente con su cónyuge fallecido, ya que compartieron techo, lecho y mesa desde el 06 de julio de 1974 hasta el 08 de octubre de 2018, día de su fallecimiento. Adicionalmente, de la mencionada unión nacieron tres hijos, Sulma Milena, Rafael Augusto y Cesar Alejandro Urbina Duarte, con quienes como padres y pareja compartieron fechas especiales como fiestas navideñas, cumpleaños, aniversarios de bodas, grados de sus hijos, paseos familiares, nacimiento de los nietos y momentos difíciles como la hospitalización del señor Urbina; así como los posoperatorios producto de los procedimientos médicos que le practicaron. Por las razones expuestas, indicó, la acción incoada por la demandante es improcedente. Formuló la excepción de fondo de «improcedencia de la acción ordinaria laboral, pues a la demandante no le asiste el derecho a reclamar la sustitución pensional del causante señor Rafael Alfonso Urbina Ángel por no tener la calidad de compañera permanente supérstite» (Fls. 53 a 61).

Por su parte, la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la accionante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación aludida, toda vez que no acreditó los requisitos legales para acceder a la pretensión; adicionalmente, dicha pretensión ya le fue reconocida por esta administradora a la también demandada, la señora Herminda Duarte de Urbina, pues con los soportes allegados, no se logró determinar la veracidad de la solicitud presentada por la accionante respecto que entre ella y el causante, el señor Rafael Alfonso Urbina Ángel hubiese existido una convivencia por el periodo aludido por la misma, ni que dentro de este periodo hubieran compartido bajo el mismo techo, por lo que fue una relación sentimental de manera extramatrimonial; contrario a lo que probó la señora Herminda Duarte de Urbina, ya que demostró haber convivido de manera permanente e ininterrumpida con el occiso, compartiendo techo, lecho y mesa desde el 06 de julio de 1974, hasta el 08 de octubre de 2018, fecha en la que falleció el causante. Por lo anteriormente expuesto, esta administradora le reconoció a la señora Herminda Duarte de Urbina, la sustitución pensional en un 50% en calidad de cónyuge y el otro 50% al hijo menor de edad, de carácter temporal, hasta el 28 de febrero de 2023, día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad y hasta el 28 de febrero de 2030, día anterior al cumplimiento de los 25 años de edad, siempre que acredite escolaridad. Formuló las excepciones de fondo, de «inexistencia del derecho y de la obligación», «inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación», «cobro de lo no debido», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 196 a 206).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 12 de febrero del 2021, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra; y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que la convivencia entre compañeros permanentes debe verificarse dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso del causante, puesto que a diferencia del vínculo matrimonial cuyas relaciones personales no se agotan con la separación de facto, en las uniones maritales de hecho la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones, por ello el compañero permanente deja de pertenecer al grupo familiar, resaltó que esta distinción aunque aparentemente discriminatoria, no lo es pues se fundó en las especificaciones propias del matrimonio y de la unión marital de hecho. Señaló que, en el presente caso, la declaración hecha por la actora donde especificó su estado civil como soltera y sin unión marital de hecho, a su vez, constituyó hipoteca a favor de la cooperativa de los educadores de Cundinamarca, sin mencionar nuevamente al señor Rafael; esta prueba documental probó que para el año 2009 la actora estaba soltera. Igualmente, tuvo en cuenta las historias clínicas del causante para los últimos años de vida, mostraron que la IPS donde se atendió al mismo, estuvo en Mesitas del Colegio, razón por la cual quedó demostrado que el señor Urbina vivía en Mesitas del Colegio y por su estado de salud era difícil su desplazamiento a la ciudad de Bogotá, por lo que tuvo acompañamiento de su conductora y de su esposa, la señora Herminda Duarte de Urbina; además, tuvo en cuenta que en el año 2018 el señor Rafael Urbina y la señora María del Pilar hicieron declaraciones extra juicio hechas donde declararon su unión marital de hecho desde 1998; no obstante, indicó que estas declaraciones son sumarias por lo que deben ser analizadas dentro del proceso, por lo que resolvió restarle credibilidad a la misma teniendo en cuenta que el señor Urbina no puede dar su veracidad y a las partes no les es posible fabricar su propia prueba. En cuanto a las demás declaraciones observó el Despacho que la misma demandante confesó no convivir con el causante los últimos tiempos, puesto que habitaba en Mesitas del Colegio a causa de su enfermedad, pero que él la visitaba constantemente; sin embargo, cuestionó el Juzgador cómo una persona con las patologías que presentaba el señor Urbina pudo desplazarse y por varios días a la ciudad de Bogotá constantemente, además su IPS e historias clínicas están en Mesitas del Colegio; igualmente, el causante tuvo que ser atendido por varios especialistas sin que la accionante siquiera conociera el nombre de los especialistas, luego de vivir 20 años con su pareja y haber tenido un hijo con el mismo, pues esto entraña la comunidad de afecto. Aunado a lo anterior, quedó de

presente que el señor Rafael tuvo otras parejas de las cuales tuvo conocimiento la demandante y no tuvo la certeza de hacia donde se dirigía su pareja, si a Mesitas del Colegio o a Fusagasugá, pues si bien fue cierto que entre la demandante y el fallecido hubo una relación sentimental de la cual nació un hijo, no por ello, se podía asegurar que fueron compañeros permanentes. Respecto a la declaración brindada por la administradora del edificio, no comprendió el a quo cómo conoció con tanta precisión la fecha en que el señor Rafael, estando en un conjunto de la ciudad de Bogotá y con más de 150 unidades habitacionales, asistió a las asambleas del edificio, que además lo vio llevando a su hijo Simón en varias ocasiones a la ruta escolar, hecho que se contradice con el de la accionante quien indicó que por motivos de salud del causante, debía viajar constantemente a Mesitas del Colegio, además porque él vivía allí; es decir, que la administradora mintió. Aunado a ello, sostuvo que la testigo amiga de la demandante, fue una testigo de oídas ya que vive en Girardot y la última vez que vio al señor Rafael fue en el 2016, razón por la cual, conoce los hechos que le contó la accionante. Suceso contrario aconteció con el médico testigo pues él vive en casa del señor Rafael, además conoció de su estado de salud, igualmente, la conductora quien acompañó al señor Urbina a distintos lugares y que no conoció a la demandante; por ello, el Juzgador observó un testimonio imparcial por parte de los últimos testigos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte DEMANDANTE apeló la decisión argumentando que, la demostración de la calidad de compañera permanente lo determina la comunidad de vida; sin embargo y contrario a la decisión de primera instancia, no está de acuerdo con que se haya descartado la declaración extra juicio rendida ante la Notaría 59 de Bogotá, 27 días antes al fallecimiento del señor Urbina, que debió tenerse en cuenta que este deceso se dio por causas físicas pues no presentaba alguna discapacidad mental, por lo que su decisión de hacer la declaración juramentada se hizo de manera voluntaria y consciente a causa de haber compartido techo, lecho y mesa con la demandante y que fruto de esa unión nació un menor y la circunstancia del fallecimiento del señor Rafael no le resta credibilidad a dicha declaración y tiene plena validez. De otro lado, la existencia de la Escritura Pública donde ratificó la accionante su estado civil de soltera, fue en razón a que su compañero permanente aún estaba casado y pese a los viajes que realizó el señor Rafael a Mesitas del Colegio, estos fueron por dos días y volvía a la residencia donde habitaba con la señora María del Pilar; resaltando que dentro del proceso se quiso mostrar que el causante tuvo una relación singular con su esposa; empero, él vivía con la accionante y su hijo. La razón por la que ella no acompañó a su pareja a las

citadas médicas fue por un acuerdo que hizo con la hija del occiso y el hecho de que la señora María del Pilar no recordara el nombre del médico de su pareja, no es causal para demostrar que no fue su compañera. A su vez, la testigo, amiga de la demandante tiene plena validez en tanto no fue tildada con tacha de falsedad, a su vez, la testigo administradora del conjunto señaló en su interrogatorio que conocía con exactitud al señor Rafael por ser fundador del edificio y parte de la junta del mismo y el occiso estaba en dicho conjunto el día de su fallecimiento. Por su parte, el testigo médico refirió ser muy buen amigo del señor Rafael pero no tuvo conocimiento de cuantos hijos tiene, por su parte, la conductora del señor Urbina no sabía con quien se quedaba las veces en que lo acompañó a Bogotá ni tampoco tenía contrato laboral de exclusividad. Por lo anterior, solicitó se tengan en cuenta las declaraciones extra juicio en la Notaría, así mismo, las declaraciones extra juicio de la señora Shirley María Rodríguez, que obra en el plenario. Finalmente, señaló que Colpensiones mencionó una investigación administrativa que hicieron de manera previa, pero vulnerando los derechos de la accionante puesto que nunca se le notificó.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión; la demandante en similares términos a los indicados en la alzada y la accionada solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si la demandante MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ GARCÍA acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del señor RAFAEL ALFONSO URBINA ANGEL.

CONSIDERACIONES

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del señor RAFAEL ALFONSO URBINA ANGEL acaeció el 08 de octubre del 2018 conforme al registro civil de defunción visible a folio 63, quien se encontraba pensionado por la accionada COLPENSIONES, entidad que mediante Resolución SUB 321610 del 10 de diciembre de 2018, le concedió pensión de sobrevivientes a SIMÓN JACOBO URBINA MARTÍNEZ en calidad de hijo menor de edad y a la señora HERMINDA DUARTE DE URBINA en calidad de cónyuge supérstite con un porcentaje de 50%

para cada uno (fls. 11 a 15).

Así las cosas, para determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, específicamente en lo que refiere a la convivencia, el estudio debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte de la asegurada o pensionada fallecida, así como también exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

No obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó «el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado», para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo formal en el sentido de precisar que «no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional».

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

«...de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y

contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada (...)

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

(...)

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el

cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto». <Resaltados fuera del texto>.

En ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del pensionado que fallece, resulta exigible un tiempo mínimo de convivencia de cinco años, acreditándose en ese tiempo la conformación de un núcleo familiar, con vocación de permanencia, demostrándose en todo caso, también, la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, se procede a analizar el acervo probatorio, para lo cual indica la Sala que la accionante aportó al proceso las declaraciones extra proceso de ALEXANDRA MILENA CHAMORRO CARVAJAL, MARTHA CECILIA GARZÓN MORENO y SHIRLEY MARÍA JULIO RODRÍGUEZ, de los cuales rindieron testimonio en el curso del proceso ALEXANDRA MILENA CHAMORRO CARVAJAL y MARTHA CECILIA GARZÓN MORENO.

Ahora bien, la actora manifestó, inicialmente en la declaración extra proceso obrante a folio 26, que convivió con el causante en unión marital de hecho durante veinte años, unión de la cual existe un hijo menor de edad. En el interrogatorio de parte surtido en el proceso, indicó que conoció al causante en el año 1996 cuando ella ingresó a estudiar en la universidad y el 25 de abril de 1998 iniciaron una relación como pareja, conociendo esta fecha con exactitud por ser el día de cumpleaños del señor Rafael Urbina; señaló que empezaron a convivir desde el año de 1998, en Fusagasugá y en diferentes inmuebles; en el año 2006 vivieron en Bogotá, en casa de su madre y luego vivieron en su propio apartamento, a partir de junio de 2010; empero, aquel no estaba todos los días en su casa por su trabajo, hijos que visitaba y a recoger arriendos de sus propiedades. Respecto de los tratamientos que inició por su enfermedad, señaló que fue trasladado a Mesitas del Colegio pues por recomendación de su médico le favorecía clima cálido y debido a su mejoría volvió a Bogotá; no obstante, volvió a enfermar por lo que regresó a Mesitas, donde perdió la movilidad en el año 2015 y una terapeuta se dirigía a su casa. Que a partir del año 2015, el señor Rafael vivió entre Bogotá y Mesitas, que su IPS está en Mesitas, pero el médico está en Bogotá ya que no tuvo médico especial para sus tres enfermedades principales;

que desde la referida fecha en la cual el señor Urbina perdió la movilidad estuvo en Mesitas para recoger los arriendos y tardaba de dos a máximo tres días. Por otro lado, ante exhibición de Escritura Pública el Juzgado le cuestionó el porqué de su afirmación de ser soltera y sin unión marital de hecho, la accionante respondió que esta declaración se hizo con motivo de su matrimonio vigente. Adicionalmente, respondió ser profesora en el colegio anexo a Pinzón, a partir del 31 de enero de 2019, pero entre el 2013 y el 2018 prestó sus servicios en el Colegio Cundinamarca; señaló que los tratamientos médicos que recibió el señor Rafael, fueron la diálisis, medicamentos para el azúcar, triglicéridos y movilidad y también terapias ocupacionales que recibió en la Mesa; indicó que no perdió la movilidad en su totalidad pese a la amputación que le iban hacer en su pierna, pero si se le dificultó comer y hacer algunos movimientos, pero él si se podía movilizar por el mismo. Estando en Bogotá indicó que estaba con ella 25 días, resaltando que, con motivo de un acuerdo con su hija, ella le ayudó a su desplazamiento. Que dentro de los tratamientos médicos que se le realizaron, el médico le recomendó residir en climas cálidos, pero en los momentos en que presentaba mejoría, volvía a Bogotá pues él nunca quiso estar en Mesitas. Específicamente indicó que, en el 2012, fecha para la cual se enfermó y fue atendido por ella, tras la cirugía quedó en tratamiento que tomó en Mesitas, la Mesa y Girardot; posterior a ello, retornó a Bogotá para continuar con sus actividades y en el año 2013 volvió a enfermar y empezaron hacerle las diálisis en Girardot, las cuales duraron aproximadamente 08 meses, durante este tiempo el señor Rafael vivió en Mesitas con su hija Zulma. Sumado a lo anterior, el señor Rafael volvió a Bogotá y el último acontecimiento que presentó fue una parálisis en Bogotá, en el año 2015, desde el 2014 y hasta el 2018 lo trató un médico. Finalmente, señaló que al momento del fallecimiento del señor Rafael a causa de un infarto, estaba con ella y su menor hijo; de otro lado, indicó que siempre supo que el causante estuvo casado con la señora Herminda, igual que el occiso tuvo otras tres convivencias anteriores a la de ella. En cuanto a la convivencia del señor Rafael con la señora Herminda y los hijos que tuvo con ella, asumió que a causa del buen padre que fue con su hijo, también lo fue con los demás hijos que tuvo. Finalmente, indicó que en el apartamento donde ella vivió con el señor Rafael, algunos de los recibos públicos llagaban a nombre del occiso y otros a su nombre y que en este edificio hay cuatro apartamentos por piso; acotando que con la declaración extra juicio, el causante lo que quiso fue que su pensión fuera compartida.

Con relación a los testimonios, la señora ALEXANDRA MILENA CHAMORRO CARVAJAL refirió haber conocido al señor Rafael Urbina por vivir en su mismo conjunto -La Campiña, desde el 2010 aproximadamente, el cual administró desde el

2016, a su vez, conoció a la señora María del Pilar ya que vivía con el señor Rafael y su hijo, indicando que desde el 2016 y hasta el 2018 el causante asistió a todas las juntas que eran cada año y conoció del padecimiento de salud que tuvo, pero que se le veía alrededor de dos veces a la semana por las zonas comunes con bastón y a paso lento, y que en vacaciones dejaban un permiso para poder arrendar su parqueadero en su ausencia; contestó que distinguió al señor Rafael porque casi que fueron fundadores del conjunto y departían en las reuniones o eventos que realizaba el conjunto; que el día del fallecimiento del señor Rafael, el hijo del causante la llamó para que ayudara a su mamá y fue donde llamaron la ambulancia y por ser administradora, que ella conocía quienes habitaban en los apartamentos y entre el año 2015 y 2018 administró dos conjuntos. Refirió que veía al señor Rafael en las zonas comunes en las horas de la mañana y a veces en la tarde; en cuanto al menor hijo, indicó que lo llevaban a la ruta su padre o madre, su padre alrededor del 2011 al 2017 y el parqueadero asignado se rotaba alrededor de cada 03 meses. Añadió que la persona que aparecía con las facultades de propietario era la señora María del Pilar y que la razón por la que el señor Urbina asistía a las asambleas del conjunto fue porque había autorización para que el cónyuge o sus hijos del propietario pudieran asistir. De otro lado, indicó que el señor Urbina salía solo a caminar, pero en ocasiones también estuvo acompañado de la señora María del Pilar y su hijo, igualmente, lo vio con un tanque de oxígeno y no recuerda haberlo visto llevando a su hijo a la ruta. Finalmente, señaló que no conocía si el señor Rafael viajaba con frecuencia ni si recibía tratamiento en otra ciudad.

La señora MARTHA CECILIA GARZÓN MORENO señaló haber conocido al causante desde el año 1997 por haber sido su profesor, también conoce a la señora María del Pilar Martínez pues fueron compañeras de universidad; por ende, conoció la relación de la pareja que surgió desde 1998, pues vivieron juntos y fruto de la unión nació el menor Simón, por lo que se fueron a vivir en Bogotá. De otro lado, indicó haber asistido al sepelio y anterior a su muerte, le vio en diciembre de 2016 ya que él y María del Pilar la acompañaron en el sepelio de su suegro. No obstante, lo anterior, señaló la testigo no encontrarse seguido con la demandante, pero cuando viajaba a Bogotá lo hacían. Finalmente, expuso haber conocido de la salud del señor Rafael por la comunicación que mantuvo con la señora María del Pilar y la última vez que vio al señor Rafael, lo vio con un bastón, pero sin oxígeno ni parálisis en la mitad de su cuerpo.

YEIRON ANDRÉS PÉREZ MOGOLLÓN refirió ser médico cirujano y haber conocido al señor Rafael de 15 a 16 años ya que él le arrendó el segundo piso de su vivienda, también conoce a la señora Herminda pero no a la señora María del Pilar; a

su vez, fue su médico de urgencias, brindándole los primeros auxilios y cuando lo requerían en la casa y conoce de su fallecimiento en el año 2018; que veía al señor Rafael casi a diario pues la entrada al hogar es compartida y en los últimos 5 años de vida no podía desplazarse solo por la ausencia de sensibilidad en ambas piernas, por lo que inicialmente necesitó de apoyo y por las terapias pudo mejorar; igualmente, tuvo oxígeno y el clima de Mesitas le favorecía a su salud. Que posterior a su enfermedad, tuvo consecuencias cardíacas, cerebrales e insuficiencia renal pues nunca dejó de fumar, por lo anterior, necesitó de compañía permanente, en especial por sus pies ya que no los sentía; que él si salía de la casa a Bogotá diariamente ya que lo tenían que ver varios especialistas, no conoce con exactitud si llegaba todos los días, pero conoce que nunca se ausentó por largos días ya que el oxígeno le dificultaba una estadía prolongada. Expuso el testigo que la señora Herminda siempre acompañó al causante, resaltó que además de ser su médico fue su amigo. En cuanto a los últimos días de vida del señor Rafael, indicó haber estado estable pero su muerte era inminente por sus enfermedades y su condición de nunca dejar de fumar; para él era obligatorio asistir a Bogotá pues allí lo atendieron los especialistas, pero se debía volver el mismo día.

La señora BARBARA HERNANDEZ REY mencionó haber conocido al señor Urbina, alrededor de hace 20 años porque fue muy reconocido en el Municipio el Colegio -Cundinamarca, además fue conductora elegida del mismo, pues a raíz de su enfermedad, él necesitaba de quien le ayudara a movilizar dentro de Mesitas o a Bogotá, donde siempre lo recogía al día siguiente en Suba, sin conocer con quien se quedaba. Que, en el año 2018 el señor Rafael para poder caminar se apoyaba en su bastón, caminado o en su brazo y en las citas médicas lo acompañaba su esposa o su hija. Reiteró que sólo llevaba al señor Rafael a Bogotá, una vez en el mes y nunca conoció a la señora María del Pilar. De igual modo, sostuvo que fue conductora del señor Urbina del 2016 al 2018 y que tenía varias actividades laborales, no tuvo ningún contrato de trabajo con el señor Urbina.

Finalmente, la señora HERMINDA DUARTE de URBINA, cónyuge del causante, señaló en su interrogatorio de parte que conoció a la demandante a causa del presente proceso y que el señor su extinto esposo tenía su domicilio en el Colegio -Cundinamarca, se desempeñó como profesor, su último trabajo presencial fue en la Universidad de Cundinamarca, sede Fusagasugá hasta el 2012 y desde allí trabajó a distancia, a causa de su enfermedad. De otro lado, indicó que el señor Rafael obtuvo su pensión en el 2018 y en ese lapso de tiempo él se desplazaba a Bogotá o a Funza, solo o acompañado, regresando el mismo día y en ocasiones se quedaba donde

familiares del mismo en la ciudad de Bogotá. Indicó que a causa de su enfermedad fue paciente oxígeno dependiente, le realizaron diálisis y posteriormente, tuvo un accidente cerebro-vascular por lo que recibió terapias físicas y de oxígeno. Que en el año 2012 el causante les contó que tenía un hijo extramatrimonial. Que, en el año 2018, el señor Rafael se dirigió a Bogotá junto con su conductora pues él no podía movilizarse solo y ese día sufrió un infarto. Mencionó que acompañaba a todas las citas médicas al finado, una o dos veces al mes, pues el médico venía a su residencia; refirió no conocer al menor Simón Jacobo Urbina, pero sabe de su existencia, pero que fue producto de una aventura. Por otro lado, indicó que ella sí compartió lecho, techo y mesa, de manera ininterrumpida desde el año 1974 y fruto de esa unión procrearon res hijos.

Aunado lo anterior, encontramos que en las declaraciones juramentadas suscritas por las ya mencionadas ALEXANDRA MILENA CHAMORRO CARVAJAL y MARTHA CECILIA GARZÓN MORENO, quienes ante las Notarías 59 del Circulo de Bogotá y 1ª del Círculo de Girardot (fls. 28 y 29), al unísono sostuvieron que conocieron a los señores RAFAEL URBINA y MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ, la primera de ellas indicó que estos convivieron desde el año 2010 en unión libre, siendo ella vecina del mismo conjunto residencial, hasta el momento de su muerte, lo cual ocurrió en dicho hogar en la ciudad de Bogotá. La segunda de las mencionada indicó que conoció a dicha pareja conviviendo y compartiendo techo, lecho y mesa desde el 25 de abril de 1998, hasta por 20 años. De igual modo, ambas mencionaron la procreación de un hijo. Declaraciones que gozan y se les dará pleno mérito probatorio, máxime cuando fueron ratificadas en el proceso. De igual modo, en la declaración extra proceso rendida por la señora SHIRLEY MARÍA JULIO RODRÍGUEZ, también se indicó que la pareja convivió por espacio de 20 años, lo cual sabía porque sus hijos estudian en el mismo colegio (fl. 30).

De igual modo, a folio 25, se aportó declaración extra proceso suscrita por el finado URBINAL ÁNGEL y la señora MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ GARCÍA el 11 de septiembre de 2018, en la cual declararon que «Vivimos en unión marital de hecho bajo el mismo techo desde el 25 de Abril de 1998 compartiendo lecho, techo y mesa de manera permanente y singular, de esta unión se procreó un (1) hijo con nombres SIMON JACOBO URBINA MARTINEZ de trece (13) años de edad el cual vive y depende económicamente de nosotros sus padres».

De igual modo, se aportaron declaraciones extra judiciales rendidas por el ya referido testigo YEIRON ANDRÉS PÉREZ MOGOLLÓN quien en similares términos mencionó que conoció y trató médicamente al causante quien residía en el Municipio

de El Colegio con su esposa la señora Duarte; de igual modo la señora ANDREA DEL PILAR ORJUELA APONTE, declaró haber conocido de trato, vista y comunicación al señor Rafael Alfonso Urbina Ángel, desde hace más de 10 años, residente en la Carrera 2 D No. 3 - 22, Barrio Chapinero, del Municipio de El Colegio, lugar en el que siempre vivió en compañía de su esposa Herminda Duarte de Urbina. Que en fue su Terapeuta Profesional hasta el día de su fallecimiento octubre 8 de 2018, practicándole diariamente terapias físicas durante los últimos treinta (30) meses en su residencia para mejorar las falencias de movilidad que padecía como resultado de un accidente cerebro vascular. Que le constaba que el Señor Rafael Alfonso Urbina Ángel, hasta el día de su fallecimiento, convivió de forma permanente con su esposa Herminda Duarte de Urbina, en la mencionada residencia del Municipio de El Colegio (fls. 177 y 178).

Respecto a las demás pruebas documentales, se observa que al expediente se agregaron el registro civil de matrimonio celebrado entre la señora HERMINDA DUARTE VÁSQUEZ y el causante, el 06 de julio de 1974 (fl. 62); una serie fotografías que al parecer retratan al finado con la mencionada señora DUARTE en diferentes eventos y situaciones en distintas épocas (fls. 64 a 101). Copias de historias clínicas del obitado, de fecha 18 de julio de 2012, expedida por la Corporación Nuestra IPS - Mesitas del Colegio, la cual da cuenta en la anamnesis y motivo de consulta que vive con esposa e hijos (fl. 102); en las de fechas 24 de marzo de 2015, 20 de diciembre de 2016, 15 de mayo de 2017, 09 de junio de 2017 y 13 de septiembre de 2017, también explica el finado que vive en el municipio del Colegio de Cundinamarca con esposa e hijos (fls. 103 a 107), registrándose como dirección la KRA 2D No. 3-22; de igual modo en la historia de urgencias del 16 de junio de 2016 -Clínica ESIMED, se indica que la acompañante es la esposa, señora HERMINDA DUARTE (fls.18-19), misma información que aparece en la historia clínica obrante en el CD a folio 189, donde se evidencian ingresos desde el año 2013.

También se aportaron documentos relacionados con una póliza de seguros tomada por el causante el 20 de marzo de 2018, cuya asegurada era la señora HERMINDA DUARTE DE URBINA en la cual se indica como dirección del asegurado la CR 2D 3 22 (fl. 135). Así mismo, certificado de pensionado expedido por COLPENSIONES, en el cual se indica que la cuenta de nómina del causante se encontraba en el Banco Agrario de El Colegio-Cundinamarca (fl. 136). De igual modo se aportó documento expedido por el Concejo Municipal del Municipio de El Colegio, en el cual se efectuó homenaje póstumo al causante y se expresan condolencias a la señora esposa HERMINDA DUARTE (fl. 153-154).

De otro lado, se aportó copia de la Escritura Pública del 12 de septiembre de 2009 mediante la cual se efectuó compraventa de un inmueble por parte de la demandante MARÍA DEL PILAR MARTÍNEZ, en la cual refirió bajo la gravedad de juramento ser soltera sin unión marital de hecho, ello con la finalidad de no constituir afectación a vivienda familiar sobre el inmueble (fls. 159 a 176).

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, NO se encuentra plenamente acreditado en el plenario que la accionante haya convivido con el causante en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. En efecto, la prueba testimonial en armonía con las declaraciones extra proceso permiten concluir que, si bien la pareja pudo haber sostenido una relación sentimental, no fue de carácter permanente, pues las documentales antes explicadas en consonancia con los testimonios y declaraciones extra proceso apuntan a que, si bien, al parecer, la pareja URBINA MARTÍNEZ sostuvo una relación sentimental no puede darse a la misma, la connotación de permanente, ello muy a pesar que el causante en la declaración previamente citada haya dicho que vivía en unión marital de hecho con la demandante, empero, según se deduce del interrogatorio de parte de ésta, tal declaración bien pudo obedecer a que el causante haya querido dejar compartida la sustitución pensional con esta, hecho que desde luego no resulta admisible, pues ello no depende de la voluntad del afiliado o pensionado sino a un mandato legal que requiere del cumplimiento de unos requisitos legales como probar la convivencia real y efectiva.

En ese sentido, es claro que de esa relación sentimental se procreó un hijo, pero insiste la Sala, aunque las dos testigos y las declaraciones aportadas por la demandante, coinciden en indicar la convivencia de estos, contrastados con los que se aportaron por la cónyuge supérstite, es claro que ellas conducen a establecer que el actor tenía su arraigo y domicilio en el Municipio de El Colegio-Cundinamarca, no en la ciudad de Bogotá como lo señalan aquellos testimonios, sin que exista una sola prueba indicativa en tal sentido que corrobore que el actor en efecto vivía en esta ciudad con la demandante, claramente los documentos antes analizados precisan que este tenía su domicilio en otra ciudad, además así lo corroboraron los testigos, médico personal, la conductora y su fisioterapeuta en la declaración extra proceso. Sumado a que la misma actora, en sus documentos públicos indicaba su condición de soltera y sin unión marital de hecho. De igual modo, llama la atención que en todos y cada uno de los documentos mencionados y relacionados con su historia clínica, era

la señora Duarte quien aparecía como su acompañante, más no la demandante, por lo que en síntesis, salvo por lo dicho por los testigos no se tiene noticia alguna de la convivencia en el expediente.

Sumado a ello, aunque todos los testigos y declaraciones mencionan de forma genérica que les consta la convivencia, lo cierto es que analizadas en detalle, ninguno da cuenta a ciencia cierta de cómo era dicha convivencia, sólo atinan a decir que esta les constaba, incluso el testimonio de la señora GARZÓN MORENO resulta de oídas, su dicho tiene como fuente lo que le contó la actora; y el de la señora Chamorro, atina a decir que veía al causante en el conjunto y que asistía a las asambleas, pero no hay documento alguno que así lo acredite, o que incluso él era propietario de algún inmueble en ese conjunto residencial que ésta refiere.

En ese orden de ideas, concluye la Corporación que la convivencia en el lapso exigido por la ley no fue permanente, pues no se evidencia una verdadera comunidad de vida con el asir de un vínculo existente de amor y protección, y con sus consecuentes, naturales, propias y espontaneas manifestaciones de ayuda y apoyo mutuos, por parte de la demandante respecto del pensionado, pues a pesar que éste efectuó una declaración, se deduce que la misma obedeció a un ánimo de ayuda para con la actora, pero la realidad probatoria indica otra cosa, pues de haber mediado algún tipo de acercamiento familiar, que lo había porque incluso el actor falleció en casa de la demandante, este se dio como es apenas lógico porque el mismo se correspondía con la obligación filial del causante por la existencia de su hijo.

Es por ello que a pesar de las versiones de los mencionados testigos y las demás declaraciones extra procesales, no se les otorga credibilidad, ya que no permiten concluir que la convivencia como compañeros permanentes se haya suscitado con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad. Advirtiéndolo la Sala en este punto, si bien la Ley no exige que la convivencia se de en un mismo techo si se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y afectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común.

Conforme a todo lo anterior, no es posible atender de manera favorable los argumentos expuestos en la apelación dirigidos a atacar la valoración de las pruebas, pues es de estas lo que se extrae justamente, es que el de cujus si bien pudo tener una relación sentimental con la demandante no tenía el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, considerando la Sala que en autos no se

demostró que los compañeros cohabitaran bajo el mismo techo de manera continua, en razón de circunstancias especiales.

De conformidad con lo anterior, se considera que la definición de primer grado se ajusta a los parámetros legales, de conformidad con las normas vigentes a la fecha de la muerte del causante, tal como quedó explicado.

En razón de lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de NEYLA FARIDY JIMENEZ VALENCIA
contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Rad. 110013105-011-2018-00536-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de febrero de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora NEYLA FARIDY JIMENEZ VALENCIA, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que tiene derecho a la pensión de vejez en los términos del original artículo 33 de la Ley 100/1993 y a cargo de COLPENSIONES y que esta pensión se causó a partir del 12 de junio de 2015, con una tasa de remplazo del 85% y con un IBL del promedio de las liquidaciones de los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad o de toda la vida laboral, de ser mayor; a su vez, se declare que el monto de la primera mesada pensional entre el 12 de junio de 2015 y el 01 de enero de 2018, con base en una primera mesada pensional de \$8.079.687,75, con los incrementos de ley; se declare que la demandada le adeuda la suma de \$1.325.068,75 mensuales o el valor que se pruebe dentro del proceso junto con los incrementos anuales desde el 01 de enero de 2015.

Así mismo, solicitó se declare que Colpensiones no le debe descontar suma alguna con destino a la seguridad social en salud con relación al retroactivo pensional, por

el contrario, se declare que debe pagarle los intereses causados por la mora en el pago de las mesadas pensionales, mes a mes y desde el 01 de junio de 2015 y hasta la fecha en que sea incluido en la nómina de pensionados el mayor valor de la mesada pensional y a pagar el capital correspondiente a la devolución de las 345 semanas cotizadas en exceso.

Por otro lado, como pretensiones condenatorias solicitó se condene a COLPENSIONES al pago de las siguientes sumas; \$69.747.637,58 correspondiente a las mesadas pensionales del 12 de junio al 31 de diciembre de 2015; \$112.146.873,94 correspondiente a las mesadas pensionales del año 2016; \$118.595.319,18 correspondiente a las mesadas pensionales del año 2017; \$9.275.481,25 correspondiente al mayor valor de las mesadas pensionales de enero a julio de 2018; así mismo, las que se causen durante el proceso, a partir del mes de septiembre de 2017; los intereses causados por la mora en el pago de las mesadas pensionales, mes por mes, desde el 12 de junio de 2015 y hasta la fecha en que se paguen las sumas adeudadas; también, el capital correspondiente a la devolución de 345 semanas en exceso. Finalmente, se le condene a la indexación a que haya lugar y las costas del presente proceso.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató haber nacido el 12 de junio de 1960 y se afilió a la CAJANAL para el riesgo de vejez el 04 de enero de 1983 y hasta el 07 de enero de 1987, ello por haber sido trabajadora del Ministerio de Hacienda. Posteriormente, se afilió al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 02 de mayo de 1985 y hasta el 10 de enero de 1994 pues fue trabajadora del Colegio mayor nuestra señora del Rosario; a continuación, se volvió a afiliarse al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 27 de enero de 1994 y hasta el 31 de enero de 1996, por haber sido trabajadora del Instituto SER de Investigaciones. Luego, se afilió nuevamente al ISS, desde el 01 de enero de 1996 y hasta el 31 de julio de 2017, por trabajar en la Universidad de los Andes.

A renglón seguido, se afilió a Colpensiones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 31 de julio de 2017. Ahora bien, entre el 02 de mayo de 1985 y el 31 de julio de 2017, cotizó de forma discontinua al ISS, 1629 semanas; entre el 04 de enero de 1983 y el 07 de enero de 1987 estuvo afiliada a la CAJANAL, donde cotizó 203 semanas; cumpliendo con las 1000 semanas de cotización al Sistema General de Pensiones el 12 de junio de 2001 como afiliada al ISS y adquirió este derecho prestacional cuando cumpla los 55 años de edad. Adquirió este derecho pensional con una tasa de remplazo correspondiente a las 1000 semanas cotizadas, con el equivalente al 65% del IBL.

Ahora bien, por cada 50 semanas adicionales a las 1000 y hasta las 1200 semanas, dicho porcentaje se incrementó en un 2%, por lo que llegó a ese tiempo de cotización el 73% del IBL; de otro lado, por cada 50 semanas adicionales a las 1200 semanas y hasta las 1400, el porcentaje se incrementa en un 3% y hasta completar un monto máximo del 85% del IBL. Mediante Resolución, Colpensiones reconoció y ordenó el pago de su pensión de vejez, el 18 de diciembre de 2017; posterior a ello, el 31 de enero de 2018 la demandada profirió Resolución donde resolvió el recurso de reposición instaurado, en esta Resolución se determinó el IBL de sus últimos diez años de cotizaciones, arrojando la suma de \$9.505.515 a la que aplicó una tasa de remplazo del 71,06%, pese a tener derecho a obtener una tasa del 85%.

Que es menester indicar que tiene derecho a una primera mesada pensional por un valor de \$8.079.687,75 y a partir del 12 de junio de 2015, fecha en la que cumplió 55 años de edad; a su vez, señaló que la accionada le adeuda el retroactivo pensional entre el 12 de junio de 2015 y el 01 de enero de 2018, con base en una primera mesada pensional de \$8.079.687,75 con los incrementos de ley; a su vez, se le adeuda la suma de \$1.325.068,75 mensuales a partir del 01 de enero de 2018, correspondiente a la diferencia entre el valor tomado por Colpensiones y el verdadero valor de la primera mesada pensional. La accionada pagó por debajo de su valor real su pensión de vejez, motivo por el cual se hizo acreedora de los intereses moratorios. Finalmente, indicó que al 04 de junio de 2009 tenía 1400 semanas de afiliación y cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones, teniendo derecho a la devolución de semanas cotizadas que excedieron las 1400 semanas, esto es, la devolución de 345 semanas (fls. 02 a 08).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que las mismas carecen de fundamentos legales y en consecuencia, solicitó se le absuelva de todos y cada uno de los cargos formulados en su contra; para ello indicó que la pretensión para que se le reconozca y pague la pensión de vejez no es procedente teniendo en cuenta que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, ya que al 01 de abril de 1994 contaba con 33 años y no acreditó las 750 semanas cotizadas equivalente a 15 de años de servicio. Adicionalmente, la disposición aplicable para la actora es el artículo de la Ley 100/1993 que fue modificado por la Ley 797/2003, que incrementó la edad

pensional en mujeres a 57 años, cumpliendo dicha edad el 31 de julio de 2017, año para el cual efectuó su última cotización al sistema de seguridad social en pensiones.

Afirma que el reconocimiento de la pensión de vejez se efectuará a solicitud de la parte interesada previo a reunir los requisitos legales para tal efecto, siendo necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la prestación; teniendo en cuenta el caso en estudio, se evidenció que no hay reporte del retiro del sistema general de pensiones con el empleador Universidad los Andes, razón por la cual adquirió su status pensional el 12 de junio de 2017 con efectividad el 01 de enero de 2018, por lo que la actora no tiene derecho al retroactivo pensional a partir del 12 de junio de 2015 y tampoco le es posible acceder a una tasa de remplazo del 85%, por lo que se le reconoció un porcentaje del 71,06% de acuerdo a la normatividad aplicable al caso.

Respecto de la solicitud de la accionante para que no se le hagan descuentos a salud del retroactivo que se llegare a causar no es viable ya que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al sistema de seguridad social en salud, teniendo que asumir la totalidad del valor de la cotización y desde la fecha en que se causa el derecho pensional. Igualmente, no está llamada a prosperar la petición de devolución de semanas que excedieron las mínimas requeridas, ya que va en contra vía de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la solicitud del pago de intereses moratorios procede en los casos que se presenten retardo en el pago de la pensión; empero, la demandante tenía solo una mera expectativa de pensionarse y estas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o escinda. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «carencia de causa para demandar», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls.51 a 73).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 20 de febrero de 2020, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la señora Neyla Faridy Jiménez Valencia es beneficiaria a que se le reconozca la pensión de vejez, en atención a lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de

2003; en consecuencia, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, a partir del 01 de julio de 2017, en cuantía inicial de \$6.883.894,00, por 13 mensualidades al año, más los incrementos de ley; así mismo, condenó a la demandada al pago del retroactivo pensional a favor de la demandante, liquidado dentro del periodo del 01 de julio de 2017 y al 01 de enero de 2018, por la suma de \$41.333.364. A su vez, condenó al pago del retroactivo pensional por la reliquidación de la mesada pensional, en atención a que al IBL de los últimos 10 años de servicio, se le debe aplicar una tasa de remplazo del 72.41%, teniéndose como mesada pensional la suma de \$6.883.894, cuyo retroactivo deberá cancelarse del 01 de enero de 2018 y hasta que se ordene el pago o la mesada pensional en debida forma. Por otro lado, autorizó a COLPENSIONES para que ordene el descuento del retroactivo por el porcentaje a que haya lugar por descuentos al Sistema de Seguridad Social en salud.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó inicialmente que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, porque al 1° de abril de 1994 tenía 34 años de edad y sólo tenía 580 semanas de cotización al sistema general de pensiones, razón por la cual no tiene derecho a que se le reconociera prestación económica por riesgo de vejez como lo pretendió en la demanda. Sin embargo, como esta hizo alusión a la Ley 100 de 1993, analizó el sentenciador que para el caso concreto, la ley aplicable era dicha normatividad con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, mediante la cual se establecieron los requisitos para acceder a la pensión de vejez, como haber cumplido los 57 años de edad si se es mujer y a partir del año 2004 el número de semanas cotizadas aumentó y teniendo en cuenta que la accionante no contaba con 55 años de edad a esta última fecha, conllevó a que la edad para alcanzar la pensión aumentara a los 57 años de edad, los cuales cumplió el 12 de junio de 2017, fecha para la cual debía haber cumplido un mínimo de 1300 semanas de cotización, que luego de ser verificadas en su historia laboral las superó, razón por la cual adquirió el derecho pensional el 12 de junio de 2017, aplicándole la norma vigente a la fecha. En ese orden indicó que la tasa de remplazo se obtenía conforme a la fórmula de dicha la normatividad con un porcentaje entre el 65 y 55% del IBL de los afiliados, en forme decreciente del nivel de sus ingresos, precisando que la reliquidación de la demandante en atención al IBL de los últimos 10 años o a las semanas cotizadas y para la Ley vigente, se debía tener en cuenta el promedio de los salarios o rentas que ha cotizado el afiliado en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y habiendo calculado el promedio salarial de toda la vida del trabajador, ante esto, analizó el Despacho que la accionada tuvo en cuenta el promedio salarial de los últimos 10 años de cotización de la demandante, periodo

para el cual, la accionante cotizó como trabajadora dependiente de la Universidad de los Andes, con un salario promedio de 10 veces más alto del SMLMV. Por lo anterior, el IBL conforme a lo que reconoció la demandada, ascendió a la suma de \$9.505.515 y conforme al estudio analizado por el Juzgado, concluyó que la tasa de remplazo que se tuvo fue la equivalente al 59,06%; empero, teniendo en cuenta que la demandante cotizó más de 1300 semanas de las requeridas para acceder a su derecho pensional, dicho porcentaje se aumentó en un 1.5 por cada semana adicional, por lo que contó con 445 semanas adicionales a las 1300, las cuales equivalían a 8.9 veces que multiplicado por el 1.5 aumentó el 13.35%. Por lo tanto, tuvo en cuenta como tasa de remplazo el 72.41%, razón por la cual al IBL de \$9.505.515 se le aplicó una tasa de remplazo del 72.41% obteniendo una mesada pensional de \$6.883.894. Adicionalmente resaltó que no accedía a la pretensión de devolución de aportes pues las 445 semanas adicionales a las 1300 semanas mínimas que se requerían para acceder a su pensión de vejez, fueron utilizadas para incrementar la tasa de remplazo en un 13,35%.

Respecto del retroactivo pensional requerido desde el 12 de junio de 2015, fecha para la cual cumplió los 55 años de edad, indicó que no era procedente, en atención a lo que se probó en el proceso, es que la edad para adquirir la pensión de vejez fue el 12 de junio de 2017, pues allí cumplió los 57 años de edad, conforme a la Ley 797 de 2003; no obstante lo anterior, precisó que se debe atender a dos situaciones diferentes, pues hay que distinguir entre adquirir el status pensional y el momento en que se entra a disfrutar del derecho pensional; para ello, la ley previó que para disfrutar de la pensión económica se debe contar con la novedad de retiro, por lo que la pensión de vejez se causa cuando se cumplen con los dos requisitos establecidos, estos son cumplir con la edad y densidad de pensiones, su disfrute comienza con la desafiliación del sistema de pensiones definitiva y para la liquidación de su prestación deben tenerse en cuenta todas las semanas cotizadas. A continuación, refirió contrario a lo aludido por la pasiva, si es dable el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir de la última cotización efectuada al Sistema de Seguridad Social, es decir, desde el 30 de junio de 2017, sin haberse evidenciado que con posterioridad a dicha fecha, la accionante hubiera realizado cotización alguna y de esta manera entender que su intención fuere aumentar el monto de la pensión, al contrario, elevó solicitud ante la accionada de reconocimiento pensional, el 28 de junio de 2017, adicionalmente, la administradora de pensiones debió analizar el cumplimiento de los requisitos de la actora para acceder a la pensión de vejez; pues para la fecha mencionada había superado notoriamente el número de semanas cotizadas, esto es, más de 1700

semanas, y no se podía pues considerar como lo adujo la accionada, la posibilidad de que la actora tuviera la intención de incrementar su mesada pensional en razón a que en nada le hubiere beneficiado o aumentado el IBL o su tasa de remplazo. Por tal razón, sostuvo que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 01 de junio de 2017, en una cuantía inicial de \$6.883.894, por trece mensualidades al año al haber adquirido el status con posterioridad al 31 de julio de 2010, ello teniendo en cuenta el monto de su mesada pensional.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la parte DEMANDANTE interpuso recurso de apelación, pues consideró que la accionante tiene derecho a que le sea aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, pues toda pensión de vejez bajo el RPMPD tiene dos derechos incorporados tales como, el derecho a la vejez cuando el afiliado cumpla el mínimo de semanas que determinó la ley de forma continua o discontinua, y de otro lado, el cumplimiento de la edad para adquirir el status de pensionado y adquirir el reconocimiento pensional; conforme a lo anterior, la demandante adquirió el derecho pensional el 14 de junio de 2012, momento en el que cumplió con las 1000 semanas de cotización y posteriormente adquirió el derecho a la mesada pensional, a partir del 12 de junio de 2015, al haber cumplido los 55 años de edad y consolidó el status de pensionada. En razón a esto, la interpretación diferente afectó los derechos adquiridos por la accionante que ha establecido la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que a la misma no se le aplicó ninguna de las leyes 797 y 860 de 2003, tampoco el Acto Legislativo 01 de 2005 porque no se encontraban vigentes al 09 de junio de 2012 cuando adquirió el derecho consagrado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 por haber cotizado 1000 semanas al ISS aun teniendo conocimiento del principio de legalidad ya que las normas son irretroactivas. Anudado a lo anterior, a la demandante se le debe aplicar el régimen original del artículo 33 de la Ley 100/1993 porque el 27 de enero de 2003, fecha de la entrada en vigencia de dicha Ley, había cotizado para el ISS más de 1000 semanas, con una tasa de remplazo del 85% pues había adquirido el derecho antes pues el 12 de junio de 2015 al tener cotizadas más de 1400 semanas, en un promedio de los últimos 10 años.

Igualmente, el apoderado judicial de la parte demandada, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando para tal efecto, se revoque la sentencia en su totalidad, ello teniendo en cuenta que, la decisión se basó casi con plenitud conforme a las facultades ultra y extra petita, pues las pretensiones de la demanda

tienen concordancia con el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandante ya que se buscó otro propósito; sin embargo, el a quo en aras de garantizar el derecho sustancial ordenó la reliquidación bajo los parámetros que la accionada ya había reconocido; empero, aumentó en 1.35% la tasa de remplazo y le aplicó 35 semanas que esta entidad no tuvo en cuenta al momento de liquidar por no alcanzar las 45, por lo que solicitó se mantenga la tasa en un 12% que aumentada, arrojando una tasa del remplazo del 71,06 con las 445 semanas adicionales y no se tengan en cuenta las 45 adicionales, toda vez que no cumple lo estipulado normativamente, por el contrario, se tenga en cuenta la tasa de remplazo reconocida mediante resolución por esta administradora. Finalmente, mencionó con relación al retroactivo desde la fecha en que dejó de cotizar, que su última cotización data del 31 de julio, esto conforme a la historia laboral de la demandante y teniendo en cuenta la novedad de retiro de la Universidad de los Andes se debe tener en cuenta desde el 01 de agosto de 2017. Respecto de las costas, sostuvo que no hay lugar a ellas, ya que, al haber sido una condena parcial, se puede absolver a la parte accionada por el pago de las mismas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en la alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Para desatar las apelaciones interpuestas, esta Sala de decisión deberá determinar si le asiste razón a la demandante en cuanto hay lugar a reliquidar el monto de la pensión de vejez que le fue reconocida por Colpensiones, de igual modo, establecer si hay lugar a conceder el retroactivo pensional, con lo cual se cumple dicha finalidad y la consulta a favor de la entidad pública. Por último, se pronunciará la Sala sobre las costas.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico propuesto, se debe tener en cuenta que a la actora le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución SUB 292035 de 2017, en aplicación de lo contemplado en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para lo cual se tuvo en cuenta 12.220 días laborados, equivalentes a 1.745 semanas laborados y un IBL equivalente a

\$9.505.515, al que le fue aplicado una tasa de reemplazo del 71.06%, arrojando una mesada pensional equivalente a \$6.754.619, con fecha de disfrute 1° de enero de 2018, decisión que fue confirmada mediante resoluciones SU28433 del 31 de enero de 2018 y DIR 2720 del 07 de febrero de 2018 (fls. 19 a 46).

Del anterior acto administrativo se aprecia que la entidad accionada para calcular el IBL de la prestación lo realizó de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y para tal efecto, tuvo en cuenta tanto lo cotizado durante toda la vida laboral, así como lo devengado durante los últimos 10 años de cotizaciones, favoreciéndole éste último aspecto y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 10 de la Ley 797 de 2003 se utilizó como tasa de reemplazo el 71.06% sobre el IBL, calculado en razón al número de semanas cotizadas y las fórmulas allí establecidas, aspecto éste que es el que suscita el primer problema jurídico en el presente proceso, como quiera que el a quo accedió a reajustar la mesada pensional aumentando la tasa de reemplazo en razón al número de semanas y además, la parte actora insiste en que se le debió aplicar una tasa de reemplazo equivalente al 85% en los términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

En este sentido, estando fuera de discusión en esta instancia que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, en aras de clarificarle a la parte recurrente por activa la norma que le resulta aplicable para configurar su pensión de vejez, debe señalar la Corporación que contrario a lo que este extremo de la litis deja entrever, no existe régimen de transición entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

Sobre este particular, la Sala de Casación Laboral tiene decantado que los regímenes de transición, por regla general, sólo protegen expectativas legítimas, es decir, se centran en la protección de aquellos grupos de población cercanos al cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación. Así lo asentó en la sentencia CSJ SL4650 de 2017, donde hizo alusión a lo expuesto por la Corte Constitucional en fallo C-663/07, el cual había recalcado que los regímenes de transición: a) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; b) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior; c) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas

ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición; y d) es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo.

Aunado a lo anterior, en dicha decisión se reiteró el concepto de derecho adquirido, en el sentido de precisar que este se configura «cuando una persona ha satisfecho la totalidad de los requisitos que establece la ley, es decir, es aquél que ha entrado en el patrimonio de aquella» y en cuanto a las meras expectativas, se explicó que «no constituyen derecho en contra de la ley nueva que las anule o cercene (artículo 17 de la ley 153 de 1887)».

En esa senda, el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas o tiempos de servicio, según la norma que lo regule, es lo que consolida el derecho pensional y, por ende, su inmutabilidad frente a las normas que se produzcan con posterioridad, por el contrario, un derecho en formación o incluso, la sola pertenencia al régimen de transición, sin el cumplimiento los requisitos indicados, es solo una mera expectativa y no un derecho adquirido. De este modo, mientras el afiliado al sistema general de pensiones no reúna la totalidad de los requisitos exigidos por la ley, esto es, edad y tiempo de cotización, no se puede entender que ostente la titularidad de un derecho que resulte inalterable ante posteriores normas (Sentencia CSJ SL4873-2020).

En ese orden de ideas, mientras no se cumpla a cabalidad con las exigencias consagradas por el legislador para ser beneficiario de la prestación pensional, solo se cuenta con una expectativa, y en consecuencia, la norma puede ser objeto de modificaciones por parte del legislador, de acuerdo con la libertad de configuración del sistema de seguridad social que le otorga la Constitución Política.

Corolario de lo expuesto, para este Juez Colegiado, resulta claro que la parte actora imprime una hermenéutica equivocada al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pues resulta claro que la mencionada norma no se congeló, ni presenta una especie de transición hasta que la demandante cumpliera la edad de 55 años. De tal modo, que quienes antes del 29 de enero de 2003 no habían adquirido el derecho a la pensión de vejez, e incluso, aquellos que no lograron consolidarlo al amparo del régimen de transición (que no

es el caso de la demandante), quedaron sometidos a las exigencias del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, según el cual los afiliados que no alcanzaron a cotizar 1000 semanas antes de que terminara el año 2004, debían acreditar la densidad de aportes con los incrementos establecidos con la reforma de la Ley 797 de 2003 (sentencia CSJ SL7039-2017). En consecuencia, no resulta de recibo las peticiones de la parte actora en torno a que le conceda la prestación por vejez en los términos de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, esto es a la edad de 55 años de edad y además conforme a la tasa de remplazo del 85%.

Esclarecido lo anterior, las normas a aplicar en aras de verificar si estuvo correctamente liquidada la prestación por vejez, corresponden a los artículos 21, 33 y 34 con relación al número de semanas, IBL y monto. Así pues, no habiendo discusión en torno a que la actora cotizó un total de 1.745 semanas es viable calcular el IBL ya sea por los últimos 10 años de cotizaciones o por toda la vida laboral según le sea más favorable, el monto corresponde a las reglas vigentes a partir del 1° de enero de 2004 (art. 34), según las cuales el monto de la pensión será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados, el cual se calcula de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma dispuso que partir de esa fecha, «el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada».

Frente a las semanas adicionales de cotización a las mínimas requeridas, señaló que, a partir del año 2005, «por cada cincuenta (50) semanas el porcentaje se incrementará en un 1.5% del IBL, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la mencionada fórmula. Agregando que el valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima».

En tal sentido, efectuados los cálculos respectivos con la ayuda del liquidar asignado a esta Sala de Decisión, el IBL más favorable correspondió al de los últimos 10 años en la suma de \$9.620.795,00, según los siguientes cuadros ilustrativos:

Cálculo Toda la vida Laboral

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1985	244	2,790	133,40	47,815	\$ 14.610,00	\$ 698.577	\$ 5.681.762
1986	365	3,416	133,40	39,048	\$ 14.610,00	\$ 570.497	\$ 6.941.051
1987	365	4,132	133,40	32,286	\$ 21.420,00	\$ 691.559	\$ 8.413.964
1988	366	5,124	133,40	26,032	\$ 37.183,69	\$ 967.976	\$ 11.809.305
1989	365	6,566	133,40	20,318	\$ 124.366,85	\$ 2.526.881	\$ 30.743.722
1990	365	8,281	133,40	16,110	\$ 235.105,64	\$ 3.787.470	\$ 46.080.890
1991	365	10,961	133,40	12,170	\$ 312.256,20	\$ 3.800.277	\$ 46.236.700
1992	366	13,901	133,40	9,596	\$ 422.279,84	\$ 4.052.321	\$ 49.438.318
1993	365	17,395	133,40	7,669	\$ 526.631,21	\$ 4.038.643	\$ 49.136.823
1994	349	21,328	133,40	6,255	\$ 476.382,55	\$ 2.979.656	\$ 34.663.330
1995	360	26,147	133,40	5,102	\$ 957.762,50	\$ 4.886.438	\$ 58.637.251
1996	360	31,237	133,40	4,271	\$ 1.542.557,83	\$ 6.587.581	\$ 79.050.967
1997	360	37,997	133,40	3,511	\$ 2.196.595,08	\$ 7.711.900	\$ 92.542.798
1998	360	44,716	133,40	2,983	\$ 2.378.554,08	\$ 7.095.880	\$ 85.150.554
1999	360	52,185	133,40	2,556	\$ 3.012.645,83	\$ 7.701.211	\$ 92.414.531
2000	360	57,002	133,40	2,340	\$ 4.139.000,00	\$ 9.686.295	\$ 116.235.538
2001	360	61,989	133,40	2,152	\$ 4.362.833,33	\$ 9.388.774	\$ 112.665.288
2002	300	66,729	133,40	1,999	\$ 4.810.000,00	\$ 9.615.813	\$ 96.158.130
2003	359	71,395	133,40	1,868	\$ 4.206.565,46	\$ 7.859.848	\$ 94.056.179
2004	360	76,029	133,40	1,755	\$ 3.997.308,33	\$ 7.013.628	\$ 84.163.532
2005	360	80,209	133,40	1,663	\$ 5.321.916,67	\$ 8.851.174	\$ 106.214.085
2006	360	84,103	133,40	1,586	\$ 6.378.083,33	\$ 10.116.592	\$ 121.399.107
2007	360	87,869	133,40	1,518	\$ 6.811.000,00	\$ 10.340.236	\$ 124.082.835
2008	180	92,872	133,40	1,436	\$ 6.946.000,00	\$ 9.977.087	\$ 59.862.523
2009	360	100,000	133,40	1,334	\$ 6.689.000,00	\$ 8.923.111	\$ 107.077.327
2010	360	102,002	133,40	1,308	\$ 6.957.000,00	\$ 9.098.488	\$ 109.181.853
2011	360	105,237	133,40	1,268	\$ 7.201.000,00	\$ 9.128.122	\$ 109.537.467
2012	360	109,157	133,40	1,222	\$ 8.171.000,00	\$ 9.985.668	\$ 119.828.012
2013	360	111,816	133,40	1,193	\$ 7.802.666,67	\$ 9.308.830	\$ 111.705.965
2014	360	113,983	133,40	1,170	\$ 8.069.416,67	\$ 9.444.063	\$ 113.328.758
2015	360	118,152	133,40	1,129	\$ 9.070.061,11	\$ 10.240.602	\$ 122.887.220
2016	360	126,149	133,40	1,057	\$ 9.223.166,67	\$ 9.753.259	\$ 117.039.113
2017	210	133,400	133,40	1,000	\$ 10.043.509,00	\$ 10.043.509	\$ 70.304.563
Total, devengado actualizado a:						2017	\$ 2.592.669.463
Ingreso Base Liquidación							\$ 6.820.421,25

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2007	330	87,869	133,40	1,518	\$ 6.811.000,00	\$ 10.340.236	\$ 113.742.598
2008	180	92,872	133,40	1,436	\$ 6.946.000,00	\$ 9.977.087	\$ 59.862.523
2009	360	100,000	133,40	1,334	\$ 6.689.000,00	\$ 8.923.111	\$ 107.077.327
2010	360	102,002	133,40	1,308	\$ 6.957.000,00	\$ 9.098.488	\$ 109.181.853
2011	360	105,237	133,40	1,268	\$ 7.201.000,00	\$ 9.128.122	\$ 109.537.467
2012	360	109,157	133,40	1,222	\$ 8.171.000,00	\$ 9.985.668	\$ 119.828.012
2013	360	111,816	133,40	1,193	\$ 7.802.666,67	\$ 9.308.830	\$ 111.705.965
2014	360	113,983	133,40	1,170	\$ 8.069.416,67	\$ 9.444.063	\$ 113.328.758
2015	360	118,152	133,40	1,129	\$ 9.070.061,11	\$ 10.240.602	\$ 122.887.220
2016	360	126,149	133,40	1,057	\$ 9.223.166,67	\$ 9.753.259	\$ 117.039.113
2017	210	133,400	133,40	1,000	\$ 10.043.509,00	\$ 10.043.509	\$ 70.304.563
Total, días	3600	Total, devengado actualizado a:				2017	\$ 1.154.495.400
Total, semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 9.620.795,00

Con base en lo anterior se desarrolla la referida fórmula para obtener la tasa básica de remplazo, así:

S =	IBL / S.M.L.M.V.
S =	9.620.795,00/ 737.717,00
S =	13,04
R =	58,98 (=65,5 - (0,5*13,04))

Ahora, tenemos que para el año 2017 se requerían 1.300 semanas, por lo que al tener cotizadas 1.745 las semanas las semanas incrementales a tener en cuenta corresponden a 400 (1700-1300=400) y en ese sentido, los tramos incrementales adicionales corresponden a la tasa mínima de remplazo 8 (400/50 = 8), que multiplicado por 1.5 arroja un 12% adicional a la mínima (8 x 1.5 =12), por ende la tasa de remplazo definitiva se calcula así: 58,98+12 = 70,98 según la liquidación verificada. Arrojando una pensión inicial para el año 2017 de \$6.828.777,34, superior a la calculada por COLPENSIONES, pero inferior a la calculada por el a quo (\$6.883.894), de allí que deba modificarse la decisión de primer grado en este puntual aspecto.

Ahora bien, en cuanto al retroactivo pensional solicitado, estima la Sala que si bien el art. 13 del Acuerdo 049 de 1993 regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, no es menos cierto que la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL607-2017 del 25/01/2017, radicado 47315, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514, pronunciamientos que han sido reiterados en las sentencias SL5603-2016, SL11895-2017 y SL11895-2017, SL415-2018 y SL3608-2018), postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.

En el caso sometido a consideración de esta Sala, puede observarse claramente como la parte actora satisfizo a cabalidad todos los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia para entenderse su desafiliación al sistema:

(i) Desde el 28 de junio de 2017 (fl. 19) solicitó el reconocimiento de su pensión, es decir, desde dicha fecha ejerció ante la demandada, una conducta inequívoca que

era su deseo retirarse del sistema, aunado a que:

(ii) La señora JIMÉNEZ VALENCIA, adquirió el estatus de pensionada desde el 12 de junio 2017, fecha para la cual, tenía más de 1.300 semanas de cotización conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y ya había cumplido 57 años de edad.

(iii) El empleador «UNIVERSIDAD DE LOS ANDES», dejó de cotizar desde el 31 de julio de 2017, tal y como lo refleja el reporte de semanas cotizadas en pensiones (CD fl. 84).

Lo anterior es suficiente para determinar que le asiste derecho a la demandante al disfrute de la prestación en fecha anterior a la otorgada por COLPENSIONES, con lo cual, advierte la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por la accionada y en tal sentido, hay lugar a modificar la fecha de disfrute, pero a partir del día siguiente a la última cotización efectuada, esto es, el 01 agosto de 2017. Por lo anterior, se modificará igualmente lo decidido por el juez a quo en ese sentido.

Dilucidado lo anterior, y con el ánimo de calcular tanto el retroactivo por mesadas, como por las diferencias, se debe anotar que no se encuentra configurada la excepción de prescripción, en la medida que el mismo se causó a partir del 12 de junio de 2017 y la demandante solicitó la prestación el 28 de junio de 2017 (fl. 19), y esta le fue reconocida mediante Resolución SUB 292035 de 2019 (fls. 19 a 25); y tanto el retroactivo pensional como el reajuste fueron reclamados el 09 de enero de 2018, siendo resueltos los recursos finalmente a través de las Resoluciones SUB 28433 del 31 de enero de 2018 y DIR 2720 del 07 de febrero de 2018 (fls. 26 a 46), notificada el 16 de febrero de 2018 (fl. 40), y como quiera que la demanda fue promovida el 12 de septiembre de 2018 (fl. 47), no se excedió el término previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Así pues, calculado el retroactivo pensional sobre 13 mesadas pensionales arrojó la suma de \$40.972.664,04, desde el 1° de agosto de 2017 y el 31 de diciembre de 2017:

AÑO	VALOR MESADA	No. MESADAS	TOTAL
\$2.017	6.828.777,34	6	\$40.972.664

Respecto al retroactivo por las diferencias se adeuda al 31 de marzo de 2021, la suma de 3.365.643:

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.				No. MESADAS ANUALES	DIFERENCIA	TOTAL DIFERENCIA
AÑO	IPC Variación	VALOR MESADA CALCULADA	VALOR MESADA COLPENSIONES			

\$2.017	0,0409	6.828.777,34	6.754.619,00	N/A	N/A	N/A
\$2.018	0,0318	7.108.074,33	7.030.882,92	13	\$77.191	\$ 1.003.488
\$2.019	0,0380	7.334.111,10	7.254.464,99	13	\$79.646	\$1.035.399
\$2.020	0,0161	7.612.807,32	7.530.134,66	13	\$82.673	\$1.074.745
\$2.021	-	7.735.373,52	7.651.369,83	3	\$84.004	\$252.011
TOTAL, RETROACTIVO					\$	3.365.643

Finalmente y en lo que atañe a la imposición de costas, resulta imperante para la sala recordarle a la recurrente que en voces del artículo 365 del CGP, la parte vencida en juicio será condenada a su pago, de acuerdo con lo anterior y en tanto no se acreditó ninguna circunstancia que exonere a la entidad de su pago se deberá confirmar la sentencia impugnada.

De igual manera, se confirmará la decisión en lo atinente a la autorización a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que debe realizar el pensionado.

En tal virtud, quedan resueltos tanto la consulta que opera en favor de COLPENSIONES, como las apelaciones formuladas. De tal modo que se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR LOS ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido que el derecho pensional se reconoce a partir del 1º de agosto de 2017 y que el retroactivo por mesadas pensionales ascienden a la suma de \$40.972.664, causadas desde el 1º de agosto de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la aludida sentencia, en el sentido de precisar que la tasa de remplazo corresponde al 70.98% y que la primera mesada pensional calculada al año 2017, asciende a la suma de \$6.828.777, cuyo retroactivo pensional por diferencias pensionales asciende a la suma de

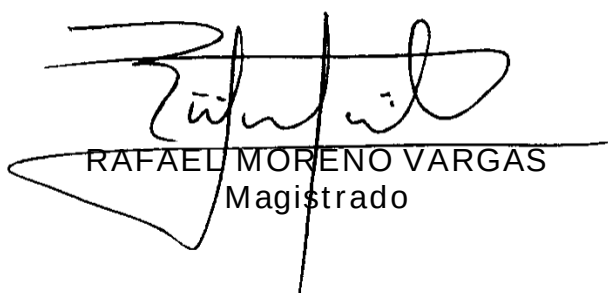
\$3.365.643 calculadas desde el 1° de enero de 2018 al 31 de marzo de 2021, sin perjuicio de las que se causen a futuro, conforme a los argumentos expuestos en precedencia.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LILIANA ANDREA BEJARANO PACHÓN contra CARLOS FERNANDO GONZÁLEZ PARADA Rad. 11001 31 05 005 2018 00221 01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el día 04 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora LILIANA ANDREA BEJARANO PACHÓN, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia a fin de que se declare que existió un contrato realidad con el señor CARLOS FERNANDO GONZÁLEZ PARADA, en su condición de propietario del establecimiento de Comercio ACABADOS ARANJUEZ; desde el día 4 de diciembre de 2005 y hasta el 18 de abril de 2015. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al demandado al pago de los salarios dejados de cancelar, las cesantías por todo el tiempo laborado, los intereses de las cesantías con su respectiva sanción por el no pago o al reajuste de los mismos, al pago de las primas legales por el tiempo laborado, a compensar en dinero las vacaciones legales correspondiente a los últimos cuatro años de servicio, perjuicios por el valor correspondiente al vestido y calzado de labor que no le fue suministrados a la trabajadora durante la relación laboral, a la indemnización por haber terminado el contrato de trabajo en forma unilateral y con justa causa por parte de la trabajadora, e imputable al empleador; asimismo, a pagar a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES —COLPENSIONES, el valor de las respectivas cotizaciones en Pensiones, teniendo en cuenta el salario real devengado por la actora, previo cálculo actuarial por parte de la respectiva entidad, a pagar a FAMISANAR E.P.S., el valor de las respectivas cotizaciones en Salud, previo al cálculo actuarial por parte de la respectiva entidad; a pagar en favor de la demandante la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías en el Fondo destinado para tal fin, a pagar el valor de la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales al momento de la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T., a pagar el valor de la indexación de las sumas anteriormente señaladas, en todos los conceptos en los que no sean incompatible con las demás condenas y a pagar las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que la señora LILIANA ANDREA BEJARANO PACHÓN, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo verbal en ACABADOS ARANJUEZ, el 4 de diciembre de 2005. Señaló que el día 18 de abril de 2015 presentó carta de renuncia por justa causa imputable al empleador. Indicó que el cargo para el cual fue contratada fue el de Administradora en Ventas; que el último salario devengado fue de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) mensuales, más el auxilio de transporte. Expresó que por medio del Ministerio de Trabajo, citó a audiencia de conciliación el día 22 de enero de 2016, y en la constancia quedó consignado que no llegaron a ningún acuerdo conciliatorio. Manifestó que el demandado nunca afilió a la accionante a un fondo de cesantías y pensiones, tampoco le consignó las cesantías, ni los intereses de las cesantías, ni la proporcionalidad de los intereses de las cesantías, ni la prima legal, ni las vacaciones, las cuales tampoco concedió. Señaló que la demandada nunca afilió a la accionante al Sistema Integral de Seguridad Social, no hizo los aportes al Fondo de Pensiones Obligatorias ni tampoco realizó los aportes a la Salud E.P.S. y le adeuda a la trabajadora los salarios del mes de febrero, marzo y 18 días de abril del año 2015. Indicó que en varias ocasiones reclamó el pago de sus derechos laborales pero el empleador siempre le respondió con evasivas. Finalmente expresó que a la fecha de la presentación de la demanda el empleador adeuda la liquidación final de prestaciones sociales (fls. 2-12 y 32-45).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El señor CARLOS FERNANDO GONZÁLEZ PARADA a través de apoderada judicial, contestó la demanda con oposición a todas y las pretensiones, tras considerar que nunca existió contrato de trabajo con la actora, toda vez que el establecimiento de comercio mencionado nunca ha existido ni se tiene registro de su existencia y la persona que indicó que la contrató, no ha sido empresario y siempre atendió personalmente el local que en su momento tuvo; adujo que cuando existió la venta de

implementos para la decoración de apartamentos era el demandado quien buscaba cada cliente, que en las ocasiones en las que la señora BEJARANO PACHÓN estuvo en el local fue para hacer el aseo y ordenar el local, que nunca se le dio ningún tipo de instrucciones laborales ya que no fue empleada. Preciso que si se le aportó algún dinero a la señora demandante, fue por las limpiezas y el orden que realizó en el local donde se vendían materiales para la decoración de los apartamentos, pero jamás fue un salario, ya que el accionado no tuvo facultades ni dinero para contratar empleados. Mencionó que quien abría y cerraba el local era el señor CARLOS FERNANDO GONZÁLEZ PARADA quién además no tenía horario de trabajo; que los servicios de aseo se le pagaban a la actora el día que los realizaba y si ella le pedía el favor que la llamara la siguiente semana le pagaba los dos aseos, y que esto ocurrió en meses muy lejanos, y en ocasiones era en razón a alguna compra que la actora necesitara hacerle a su hijo menor de edad. Expuso que desconoce el escrito que denomina la actora como carta de renuncia, señaló que no es correcto que la actora haya indicado que después de 10 años entendió que tenía derecho a cargos por parte de un empleador. Finalmente manifestó que las facturas aportadas por la actora se perdieron del local y en las mismas se observa que no tienen el mismo tipo de letra ni el mismo color de bolígrafo. Propuso como excepciones las de «prescripción», «pago», «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «mala fe», «excepción genérica» (Fls. 55-63 y 71-79).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 04 de diciembre de 2020, declaró que entre la señora LILIANA ANDREA BEJARANO PACHÓN y el señor CARLOS FERNANDO GONZÁLEZ PARADA existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de diciembre de 2005 hasta el 18 de marzo de 2015. Como consecuencia de lo anterior, condenó al demandado a pagar a la accionante: \$5'570.312 por concepto de auxilio de cesantías, \$216.388 por concepto de intereses sobre las cesantías, \$1'913.599 por concepto de prima de servicios, \$1'288.700 por concepto de compensación en dinero por las vacaciones, la suma diaria de \$21.478 a partir del 19 de marzo de 2015 y hasta el momento en que sea efectivo el pago de las prestaciones sociales, e igualmente, condenó al ex empleador a pagar a favor de la trabajadora y ante la entidad de Seguridad Social en pensiones a la que se encuentre afiliada, el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 4 de diciembre de 2005 al 18 de marzo 2015, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para cada año excepto para el 2011 que lo fijó de \$800.000. Absolvió al demandado de las demás pretensiones de la demanda declarando totalmente probada la excepción de prescripción respecto de la sanción por el pago de los intereses

a las cesantías, indemnización por despido injusto y sanción por no consignación de las cesantías, y parcialmente probada la excepción de prescripción con anterioridad al 18 de marzo de 2012 sobre intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, finalmente condenó en costas, como agencias en derecho la suma de ocho (8) millones de pesos a cargo del demandado (Exp. Digital Págs. 150 a 154)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, el apoderado judicial de la demandante LILIANA ANDREA BEJARANO PACHÓN apeló la decisión, únicamente en lo que tiene que ver con el pago de intereses a las cesantías y con la fecha de terminación del contrato de trabajo. Sustentó su recurso, señalando que cuando la demandante llamó al demandado a conciliación ante el Ministerio del Trabajo, expuso unos extremos temporales y que en aquel el demandado no se opuso a estos, razón por la que, a su juicio, se encuentra demostrado el extremo final de la relación. Aunado a lo anterior, señaló que el juez en sus facultades ultra y extra petita debió condenar a la indemnización por no consignación de las cesantías ya que se entendía que el accionado no las había pagado y no debió aplicarles el fenómeno de la prescripción.

Por su parte, la apoderada de la demandada apeló el fallo solicitando que se declare que no existió contrato laboral entre las partes, al considerar que por haber ido a hacer aseo al local 1 o 2 veces, eso no daba para entender que existía una relación de trabajo. Agregó que las facturas presentadas no eran reales.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio y no presentaron alegatos de conclusión.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo. En caso afirmativo, establecer el extremo final del mismo, y si hay lugar a condenar por indemnización contemplada en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignación de las cesantías.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- TESTIMONIO DE OSCAR RODOLFO LOPEZ ROBAYO manifestó que conoce a la accionante porque fue compañero de trabajo de ella, pues él trabajó desde 2006, afirmó que ella era la secretaria del señor FERNANDO, ella abría y cerraba el almacén, atendía los pedidos. Él fue instalador de Drywall unos 8 años, entre el 2006 al 2014, no ha interpuesto demanda contra esa vinculación, él trabajaba fuera del local, él iba al local esporádicamente, cada 8 a 20 días, pero la actora siempre estaba ahí, después de 2014 vio a la demandante trabajando, ella atendía los clientes, atendía los pedidos de material que se requerían en las obras, no recuerda con precisión el último trabajo, cree que fue en Mandalay, los contratos se hacían con el accionado.
- TESTIMONIO DE CLAUDIA MARCIA MORENO BELTRAN dijo que conocía a la accionante porque frecuentaba la Av. 68, conoce al demandado

porque trabajaban en la misma casa puesto que en la misma casa estaba el local de ella y de él, afirmó que la casa está en la Av. 68 frente a Homecenter, mencionó que ella tenía un local mediano y el demandado un local pequeño que incluso es debajo de una escalera, ella tenía dos locales, uno contiguo de otro, en uno vendía enchapes, llegó al sector en el 2005 porque el hermano quien inició allí necesitaba ayuda, ella era docente, y luego de eso montó su local en la casa anterior, después montó otro local de muebles enseguida del anterior local, justo al lado, en el 2008 montó su local, en el nuevo local ofrecía accesorios de madera y en el anterior pisos y baldosas, conoció además a la accionante porque ella hacía oficio en otros locales, vendía rifas, ella la acompañaba donde la conocían para que le compraran por su difícil situación, incluso los hijos de la demandante jugaban con los de ella, le consta que en otros locales hacía oficio porque se conoce con los otros comerciantes, le consta que ofrecía estos servicios desde el 2010-2011 aprox., entraba al local del accionado todo el tiempo para poder entrar a su bodega, indicó que el local del accionado fue diferente a los otros locales porque sólo había dos sillas, un escritorio y dos bultos de yeso, el local era más de exhibición, así que casi no se abría el local, manifestó que el demandado era quien abría el local siempre que se abría al público, dijo no conocer compañeros ni trabajadores del señor GONZÁLEZ PARADA puesto que trabajaba solo, aunque tenía sus maestros de construcción para realizar las obras, señaló que siempre compraba él mismo los requerimientos del local, indicó que hace unos 5 años no tiene el local pero siguió trabajando en el mismo gremio, precisó que no son socios pero él tiene algún conocimiento de su negocio.

- TESTIMONIO OSCAR FERNEDY AGUDELO OSORIO dijo no conocer a la actora pero sí al accionado, puesto que son compañeros por cuestiones de trabajo en cuanto a la decoración de apartamentos y casas, se conoció con el demandado aproximadamente hace 25- 28 años, afirmó conocer el local de la Av. 68 del sr. GONZÁLEZ PARADA hace unos 12 años, más o menos 2008, se conocieron porque el demandado iba donde él trabajaba a comprar los materiales, iba al local porque pasaba por ahí, no muy seguido, señaló que el local era pequeño, de exhibición de molduras, venecianos y techos en drywall, el escritorio y las sillas, más o menos tenía 2 metros de frente, un fondo de 4 metros aproximadamente y un baño, no tenía empleados, siempre lo atendió el sr. GONZÁLEZ PARADA, a veces veía el local cerrado cuando pasaba, conoció el local porque a veces realizaban trabajos juntos, no conoce el local OUTLET ARANJUEZ.
- INTERROGATORIO DE PARTE CARLOS FERNANDO GONZÁLEZ PARADA: respondió que es independiente, que se dedica al oficio de

remodelación de casas, oficinas y apartamentos, lleva más de 20 años dedicándose a esta labor, dejó de ser empleado hace más o menos 18 años, cerca del año 2002. Que conoció a la señora Liliana cuando tomó el local de la Avenida 68, ella para la época vivía en la Alquería y por lo tanto frecuentaba mucho esa zona. Adujo que tuvo en cuenta las dificultades de la actora, por lo que le colaboraba llamándola 1 o 2 veces al mes para que le hiciera aseo al local, pero que esto no fue por más de 2 años. Referente a una certificación que fue suscrita por él, señaló que la firmó por ayudarla y luego de que ella le insistiera mucho. Indicó que le cancelaba entre 15.000 a 20.000 pesos porque no podía pagarle más, ya que el local era pequeño. En cuanto a las facturas de venta, señaló que se le perdieron y que ahora aparecen en el presente proceso; agregó que desconoce por qué aparecía la firma de Liliana, y por qué aparece cancelado con otra tinta y letra. Puntualizó que tuvo relación con la demandante hasta el 2012-2013 aproximadamente, pero que esta no le entregó ningún inventario puesto que el local no tenía ni bodega. Negó haber cancelado a la actora la suma de \$1.000.000.

- **INTERROGATORIO DE PARTE LILIANA ANDREA BEJARANO:** declaró que conoció al demandante porque estaba buscando trabajo y una prima de ella lo conocía a él y sabía que necesitaba una vendedora; que llevo su hoja de vida y fue entrevistada, e inició a laborar el 4 de diciembre de 2005, en el almacén ACABADOS ARANJUEZ, en la Alquería, frente a Homecenter. Informó que el almacén era mediano, que sus funciones eran las de vender, atender, dar suministro y pagar a los instaladores, mandar a hacer los contratos y firmar y recibir los abonos, abría y cerraba el almacén; agregó que trabajó de lunes a sábado y después comenzó a trabajar los domingos, que tenía contacto con el accionado los sábados porque él no iba todos los días, solo los sábados, que prácticamente ella era la responsable; adujo que trabajó durante seis años sola pero después montaron una exhibición de cocinas en el mismo local. Que una de las razones por las que renunció fue porque no tenía comisión de las cocinas que ella misma vendía sino toda la ganancia iba para el demandado, que al entregar la carta, el demandado le pidió que lo esperara a que le pagara, pero cuando vio que no le pagaba decidió irse. Adicionó que el accionado no le ofreció porcentaje, que le ofreció un sueldo y cuando comenzaron las cocinas le dijo que le daría un porcentaje que nunca le dio, que la dueña le ofreció ese porcentaje del 1% sobre la venta, ella abría el local de lunes a sábado de 8am a 6pm, y los domingos de 10 am a 2pm. En lo que refiere a las facturas, dijo que no tienen en su totalidad su letra porque era el demandando el que tomaba medidas, que ella simplemente tomaba los datos del cliente, agendaba la cita y recibía el abono.

Indicó que realizó un inventario al demandado y que de eso hay prueba en el proceso

En cuanto a las pruebas documentales arrimadas al plenario, se tiene que obran las siguientes:

- Constancia de no acuerdo No. 84, entre los señores LILIANA ANDREA BEJARANO PACHÓN y CARLOS FERNANDO GONZÁLEZ PARADA ante el Ministerio del Trabajo (fls. 13-14).
- Sobres de pago en formato minerva (fls. 22-23).
- Recibo de caja menor «Cancelación trabajo» (fls. 24-25).
- Comprobante de venta (fls. 26-27).
- Cancelación de servicios ETB, Mayo de 2019 (Expediente digital Pág. 84).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado que la demandante efectivamente prestó sus servicios en favor del señor CARLOS FERNANDO GONZÁLEZ PARADA, no sólo porque así lo aceptó este mismo en el interrogatorio de parte absuelto, sino porque también fue ratificado por el testigo OSCAR RODOLFO LÓPEZ ROBAYO, quien señaló que sabía que la demandante había prestado sus servicios al demandado, porque él también había trabajado con el cómo instalador, que siempre la conoció como su secretaria pero que después para el año 2014 vio que seguía atendiendo el local.

De esta manera, en virtud de lo anterior, la Sala confirmará lo atinente a este punto puesto que considera que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio en favor del convocado a juicio, por lo que a continuación procede al estudio del extremo final de la relación laboral, teniendo en cuenta que el apoderado de la Señora LILIANA ANDREA BEJARANO PACHÓN, señaló que en la audiencia de no conciliación que cursó ante el Ministerio del Trabajo, se lograba observar que cuando la demandante había indicado las fechas de extremos temporales, el demandado no se habría opuesto a esta manifestación.

A juicio de esta Sala, dicha documental (fls. 13-14) no tiene la entidad para demostrar un extremo de la relación laboral, puesto que, primeramente, las partes no llegaron a un acuerdo en la mencionada conciliación, y adicional a ello, la mera afirmación de la actora y la no oposición o manifestación del demandado frente a esto, no deviene de por sí en una aceptación de la relación laboral en dichos extremos, en efecto, en dicha audiencia, las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio como consecuencia que el demandado no aceptaba la existencia de una relación laboral, razón por la cual no

podría afirmarse que el mismo se atuvo a lo dicho por la actora; por lo anterior, esta Corporación también mantendrá incólume este punto de apelación.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se tiene que el Juez de primera instancia declaró probada plenamente la prescripción sobre esta, al encontrar que al momento que la demandante interrumpió el termino de prescripción, se refirió genéricamente a que «se me pague la indemnización moratoria», sin establecer que se trataba de la indemnización por no consignación de las cesantías. Frente a lo anterior, el apoderado de la Señora BEJARANO PACHÓN, señala que debió el Juez en uso de sus facultades ultra y extra petita, entender que dentro de esa manifestación se encontraba incluida la mentada indemnización.

Al respecto, es necesario traer a colación lo dispuesto por el C.S.T. en sus artículos 488 y 489:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente. (Negrillas y subrayas de la Sala)

En virtud de lo anterior, se considera que la manifestación genérica y globalizada de «indemnización moratoria», no cumple con la excepción consagrada en el Artículo 489 del CST, pues el reclamo no hizo alusión a un derecho debidamente determinado, lo que indica a todas luces que no operó la interrupción de la prescripción sobre la indemnización por no consignación de las cesantías, puesto que se insiste, el reclamo debe ser determinado, específico y concreto, sin que presente lugar a dudas acerca de lo pedido.

En este orden de ideas, y una vez evacuados todos los puntos de la apelación, esta Sala de Decisión, confirmará la sentencia en todas sus partes. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ROSALBINA BRICEÑO PINZON contra LUIS EDUARDO DELGADO RODRIGUEZ y OTROS. Rad. 110013105-017-2017-00379-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia emitida el 11 de febrero de 2021 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora ROSALBINA BRICEÑO PINZON, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia con la finalidad que se declare la existencia de un contrato verbal a término indefinido, que celebró con el hoy fallecido señor LUIS ALFONSO DELGADO AMAYA desde el día 20 de febrero de 1990 y hasta el 28 de diciembre de 2016; que como consecuencia del fallecimiento del empleador el 27 de febrero de 2010, se declare la sustitución patronal entre el causante y los señores LUIS EDUARDO DELGADO RODRIGUEZ, HUGO ALFONSO DELGADO RODRIGUEZ, HUMBERTO DELGADO RODRIGUEZ, ALICIA DEL ROSARIO DELGADO RODRIGUEZ y ALICIA RODRÍGUEZ DE DELGADO como herederos determinados del causante. Se declare la culpa patronal por parte del causante LUIS ALFONSO DELGADO AMAYA (q.e.p.d.), y los señores LUIS EDUARDO DELGADO RODRIGUEZ, HUGO ALFONSO DELGADO RODRIGUEZ, HUMBERTO DELGADO RODRIGUEZ, ALICIA DEL ROSARIO DELGADO RODRIGUEZ y ALICIA RODRIGUEZ DE DELGADO por la no afiliación al sistema de seguridad social en pensión desde el 20 de febrero de 1990 y hasta la fecha. Como

consecuencia de lo anterior se declare que es beneficiaria de la pensión sanción estipulada en el artículo 133 de la ley 100 de 1993. Así mismo se declare la solidaridad en el pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales con los referidos herederos y que la terminación del contrato se produjo por causa imputable a los empleadores.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó se condene al pago de la fracción del tiempo laborado y el salario mínimo de la época, por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, así como la sanción de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990 numeral 3, del mismo modo se cancelen las sumas correspondientes a las vacaciones desde el 20 de febrero de 1990 hasta el 19 de febrero de 2016, los aportes en seguridad social salud y pensión desde el inicio del contrato hasta 28 de diciembre de 2016. Los salarios dejados de percibir desde el 28 de septiembre de 2016 al 28 de diciembre de 2016; la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST junto con la indemnización moratoria del artículo 65 hasta que se haga efectivo su pago. Finalmente solicitó lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que ingresó a laborar para el causante el señor LUIS ALFONSO DELGADO AMAYA (Q.E.P.D), mediante contrato verbal a término indefinido a partir del 20 de febrero de 1990, ejerciendo funciones de portería, vigilancia y aseo, explicó que entre sus funciones estaban las de cuidar la puerta, recepción y entrega de correspondencia en el edificio, así como del aseo, en el horario de 8:00 am a 8:00 pm de domingo a domingo, con un pago mensual de un salario mínimo legal mensual vigente, para cada anualidad, desde 1990; explicó que le requirió a su empleador el pago de las acreencias laborales y fruto de ello le incrementó el pago de su salario a \$40.000 a partir del 2005. Añadió que el señor LUIS DELGADO (Q.E.P.D) falleció el 27 de febrero de 2010 y fruto del proceso de sucesión se adjudicó el edificio a los señores GLORIA ESPERANZA DELGADO, ALICIA DEL ROSARIO DELGADO, HUMBERTO DELGADO RODRIGUEZ, LUIS EDUARDO DELGADO y ALICIA RODRIGUEZ; indicó que la INMOBILIARIA LUNA GÓMEZ a partir del año 2013 realizó los pagos correspondientes a salarios, por solicitud de los hermanos DELGADO RODRÍGUEZ y la señora ALICIA RODRIGUEZ, de quienes recibió órdenes, rindió cuentas y prestó personalmente sus servicios a partir de la muerte del causante; aseveró que les ha solicitado el pago de sus acreencias laborales y los mismos han hecho caso omiso a la solicitud, que los ha requerido ante el MINISTERIO DEL TRABAJO para que le paguen prestaciones y sueldos adeudados, sin que a la fecha cumplan con su solicitud, como consta en el acuerdo de fecha de 11 de agosto de 2014. Concluyó que desde el 21 de septiembre de 2016 sus empleadores argumentaron que

no le realizaron el pago correspondiente a sus salarios, por cuanto ellos contaban con personal que se encargaría de las funciones que desempeñaba en el edificio (fls. 29 a 65).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los señores LUIS EDUARDO DELGADO RODRIGUEZ, HUGO ALFONSO DELGADO RODRIGUEZ, HUMBERTO DELGADO RODRIGUEZ, ALICIA DEL ROSARIO DELGADO RODRIGUEZ y ALICIA RODRÍGUEZ DE DELGADO, dieron contestación a la demanda, expresando su oposición a todas y cada una de las pretensiones arguyendo que no pueden prosperar, toda vez que entre estos y la demandante nunca existió un contrato de trabajo, puntualizando que la relación laboral existente fue con el esposo de la accionante el señor FERMÍN JIMÉNEZ URREGO con quien se celebró contrato de trabajo el 1° de enero de 2014, que como salario mensual se pactó como pago en especie la habitación de él, su esposa e hijos en el edificio. Precisaron que al momento de la muerte del señor LUIS DELGADO (Q.E.P.D), los herederos realizaron su respectiva liquidación en el año 2013. Propuso como excepción previa la de «inepta demanda», y como excepciones de fondo las de: «inexistencia de la obligación», «falta título y de causa en las pretensiones de la demanda», «prescripción», «buena fe» y «genérica o innominada». (fls.134 a 162).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 11 de febrero de 2020, declaró probadas las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de relación laboral y de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva, en relación con el codemandado señor Hugo Alfonso Delgado Rodríguez. Declaró próspera la tacha de sospecha propuesta a la testigo Lida Alcira Jiménez Urrego; en consecuencia, absolvió a los demandados de todas las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a tal conclusión, el despacho señaló que la parte accionante logró demostrar que en algún momento cumplió un actividad a favor de los propietarios del edificio demandando, según daban cuenta los testimonios recaudados; de los cuales en principio se podía tener probada la prestación personal; sin embargo del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, manifestó que la esposa del señor LUIS DELGADO (Q.E.P.D) enviaba a una persona para que hiciera el aseo y era ella quien le abría la puerta; por otra parte de los recibos allegados, estos dan cuenta de la prestación de un servicio por 32 días entre los años 2005 a 2012, siendo servicios de carácter ocasional; abonado a ello destacó que la accionante fue declarada confesa

ante su inasistencia a la audiencia de conciliación de los fundamentos de las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de título y de causa, teniéndose por cierto que los servicios se hicieron en virtud de su condición de esposa de la persona que prestaba sus servicios en el edificio el señor FERMÍN JIMÉNEZ. Frente a la presunción de la prestación personal, indicó que los demandados cumplieron la función de destruirla, con el testimonio del señor ALFONSO CARRASCO quien ilustró acerca de los servicios que prestó de manera esporádica en el edificio, enfatizando que él mismo debía encargarse del aseo una vez terminada su labor, y que nunca presenció que la demandante ejecutara alguna función en ese edificio; así mismo del testimonio de la señora LIDA ALCIRA JIMENEZ cuñada de la demandante, quien manifestó constarle que su hermano el señor FERMÍN JIMÉNEZ fue la persona encargada para desempeñar las funciones de vigilante en el edificio de la calle 61, anotó que trabajaba los miércoles haciendo aseo y que cuando el señor FERMÍN JIMÉNEZ salía a pagar servicios quien reemplazaba sus labores era la demandante la señora ROSALBINA BRICEÑO, en igual medida afirmó que conoce que a la accionante se le impartían órdenes acerca de su trabajo; no obstante advirtió que la testigo ofreció una información limitada en el tiempo, que además denotaba el interés de favorecer el resultado a la accionante y tiene reparo al tener un vínculo de afinidad, por tanto no acogió su testimonio, que a lo sumo dejó clara la presencia del señor FERMÍN JIMÉNEZ en la portería, vigilancia y oficios varios, pero que ninguno de esos medios de prueba dieron cuenta de la ejecución de las mismas por parte de la señora ROSALBINA BRICEÑO. De otra parte, precisó el despacho que le correspondía a la demandante destruir la presunción de certeza que cayó sobre ella, como sanción procesal a su ausencia en la audiencia de conciliación, carga que no fue cumplida por esta, de modo que los servicios prestados por la demandante no fueron en virtud de una continua subordinación y dependencia, primero del señor LUIS DELGADO (Q.E.P.D) y luego de sus herederos determinados.

De la documental aportada, estableció que la demandante prestó sus servicios de manera esporádica, respecto de los propietarios del edificio; destacó que a folio 77 obraba documento donde la señora ALICIA RODRIGUEZ de DELGADO le pagó un reemplazo a la accionante por los reemplazos del señor FERMÍN JIMÉNEZ desde el 15 de enero de 2016 al 10 de febrero del mismo año, resaltó que ese documento por sí solo no demuestra la declaratoria de un contrato de trabajo, y por el contrario permite afirmar que las funciones fueron esporádicas y de reemplazo de su esposo; de otra parte de las documentales a folios 82 a 88, obran certificaciones emitidas por terceras personas que informan que conocieron a la señora ROSALBINA BRICEÑO, consideró el despacho que con estos documentos la demandante no logró demostrar que recibió órdenes del señor LUIS DELGADO

(q.e.p.d.) o de alguno de sus herederos determinados, llevando al despacho a concluir que esas labores esporádicas, las realizó la demandante para cubrir momentáneamente las funciones del señor FERMÍN JIMÉNEZ.

APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda, manifestó para tal efecto que se aparta de la declaración oficiosa de desvincular o exonerar de cualquier tipo de condena al señor HUGO ALFONSO DELGADO RODRÍGUEZ hijo del causante, por cuanto conforme al artículo 87 del código general del proceso, se precisa que los herederos determinados e indeterminados tienen la legitimación en la causa por pasiva dentro del proceso. De igual manera, frente a la tacha de sospecha del testimonio de la señora LIDA ALCIRA JIMENEZ, argumentó que no se logró acreditar ningún tipo de conveniencia respecto a su cuñada, tanto así que resaltó que en ningún momento negó el hecho que se encontró en otro país, y no fue testigo directo durante un tiempo, resaltó que, en caso de querer favorecer a la accionante, hubiera omitido este tipo de información. Respecto de la sanción procesal en su contra, aseveró que sí se logró desvirtuar los hechos susceptibles de confesión, y que el despacho no le dio el valor probatorio que se debía respecto de las certificaciones allegadas de residentes o arrendatarios del edificio, que a su juicio dan cuenta que cumplía funciones de aseo y vigilancia, así como del lugar y las funciones que cumplía; evidenciando los supuestos del artículo 24 del CST, dando por demostrada la prestación personal de la demandante, no existiendo otra persona que cumpliera las mismas funciones, concluyó que en el interrogatorio de parte la demandante se refirió a la persona que se encargaba del aseo de la oficina del señor LUIS DELGADO (q.e.p.d.).

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandante presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando de acceda a las pretensiones de la demanda. La parte demandada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si existió o no un contrato verbal de trabajo entre la señora ROSALBINA BRICEÑO y el señor LUIS

ALFONSO DELGADO AMAYA (q.e.p.d.), así como con los herederos determinados del causante, de ser así, revisar si hay lugar a las condenas solicitadas.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibidem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- INTERROGATORIO DE PARTE ALICIA RODRIGUEZ DE DELGADO, esposa del causante, el señor LUIS DELGADO (Q.E.P.D), manifestó conocer a la demandante desde que su esposo tenía la oficina en el edificio de la calle 61, porque la señora ROSALBINA BRICEÑO vivía en ese edificio, al ser la esposa del señor FERMÍN JIMÉNEZ quien trabajaba para su esposo; sin embargo, precisó que la accionante no trabajaba allí; detalló que el señor FERMÍN se encargaba de cuidar la portería, y de las labores de limpieza; no obstante detalló que ella iba muy poco y no recuerda desde que fecha vivió el señor FERMÍN y la demandante en el edificio; del mismo modo, manifestó no saber si la demandante hizo labores de limpieza en el edificio, ya que cuando iba al mismo no la veía, porque permanecía

en la habitación y no salía, concluyó que no sabe si alguna vez su esposo le dio dinero a la accionante.

- INTERROGATORIO DE HUGO ALFONSO DELGADO RODRÍGUEZ, hijo del causante, manifestó conocer a la accionante desde hace aproximadamente 20 años, porque era la esposa del señor FERMÍN JIMÉNEZ, quien trabajaba en el edificio de la calle 61, propiedad de su padre, resaltó que la demandante no trabajó en ese edificio, y que siempre la relación de trabajo era con su esposo, destacó que le consta que ni sus hermanos o su madre le dieron una orden; que la accionante permanecía en su cuarto, y que las actividades que desarrollaba el señor FERMÍN eran las de portería, que del aseo del edificio a veces se encargaba otra persona o en ocasiones se encargaba el mismo señor FERMÍN; indicó que previo al fallecimiento de su padre frecuentaba muy poco el edificio aproximadamente 1 vez al mes, y que sabe que la demandante no trabajaba allí por lo que se comentaba en su casa, sin embargo dijo no constarle si la demandante realizó actividades de limpieza en el edificio, pero que nunca vio a su padre entregó alguna suma de dinero, detalló que después del fallecimiento de su padre de la administración del edificio se encargó la doctora carolina de quien no recordó el apellido; y que la señora ROSALBINA BRICEÑO les realizó una serie de reclamaciones, de unos sueldos, sin embargo no le consta si alguno de los herederos le dio alguna liquidación a la demandante.
- INTERROGATORIO ALICIA DEL ROSARIO DELGADO RODRÍGUEZ hija del causante; manifestó que conoce a la demandante hace aproximadamente unos 25 años, porque vivía en el edificio de la calle 61 donde laboraba su esposo el señor FERMÍN JIMÉNEZ, qué las funciones que éste desempeñaba eran las de hacer aseo, mandados, y vueltas por cuenta de su padre, que cuando él hacía esas actividades cada inquilino cuidaba sus cosas, recordó que en los primeros años su padre tenía una oficina desde el primer piso que funcionaba como una administración, y que la portería quedaba sola; precisó que la demandante hacía funciones de aseo si algún inquilino la requería; explicó que ella acompañaba a su padre los últimos 10 años, ya estaba un poco enfermo, y que iba al edificio aproximadamente 2 o 3 veces a la semana, y que veía la portería sola, que después del fallecimiento de su padre la administración del edificio la asumieron sus hermanos y luego se cedió a una inmobiliaria, con la que seguía trabajando el esposo de la actora, que el sitio que ellos ocupaban en la actualidad se encuentra vacío.
- INTERROGATORIO HUMBERTO DELGADO RODRÍGUEZ, hijo del causante, manifestó conocer a la demandante desde hace más o menos 30 años

porque es la esposa del señor FERMÍN JIMÉNEZ, que trabajaba en el edificio de 3 pisos donde funcionan 15 oficinas, precisó que iba frecuentemente porque su padre tenía un oficina de finca raíz, y que le consta que la accionante no trabajaba ahí, explicó que el señor FERMÍN tuvo inicialmente un contrato de aseo y vigilancia del edificio, aunque portería como tal no había, que allí con la accionante tuvieron sus 3 hijos, dijo constarle que la demandante prestaba servicio de aseo a algunas de las oficinas del segundo piso, pero por cuenta de los inquilinos, pero que el aseo de las áreas comunes las realizaba el señor FERMÍN JIMÉNEZ, del mismo modo este hacía mandados, y en los días de descanso de este, nadie lo reemplaza, que incluso su padre le decía a la secretaria que le prestara atención, esto era los días miércoles, que después de que falleció su padre, dejó su actividad de piloto para dedicarse a administrar el edificio, que alguna una vez esporádicamente le dijo a la demandante si me podía colaborar con la entrada alrededor de unas 3 veces, por lo cual le pagó aproximadamente \$40.000, para lo demás contrataron a una persona para que hiciera el aseo, porque el señor FERMÍN JIMÉNEZ se encontraba enfermo, así que contrataron a un señor ALFONSO quien hacía arreglos.

- INTERROGATORIO PARTE DEMANDANTE ROSALBINA BRICEÑO manifestó que residía en el edificio de la calle 61; que solo le pagaban los miércoles pese a que trabajaba todos los días, explicó que a su esposo lo mandaban de mensajero y que ella nunca prestó algún servicio a los arrendatarios; recalcó que los 32 recibos que aportó al expediente los firmó el señor LUIS DELGADO (q.e.p.d.), que los miércoles le pagaban \$40.000, desde 1990 hasta septiembre del 2016 y posteriormente no le pagaron más.
- TESTIMONIO MIGUEL MURILLO RAMOS, manifestó conocer a la demandante desde hace unos 20 a 25 años, porque prestaba sus servicios de plomero en el edificio, así mismo manifestó que conoce a los demandados hace aproximadamente 30 años, porque tuvo una relación de trabajo con el causante al prestarle sus servicios de plomería y mantenimiento de baños; recordó que la señora ROSALBINA BRICEÑO y FERMIN JIMENEZ estaban al tanto de los servicios de mantenimiento, y aseo, que la demandante hacía el mantenimiento general, así como el aseo de las áreas comunales, y el señor FERMÍN en la portería, sin embargo indicó que cuando prestaba sus servicios en el edificio, no veía a la señora ROSALBINA haciendo aseo en las zonas comunales, explicó no recordar cuando falleció el señor LUIS DELGADO (Q.E.P.D) porque perdió contacto con ellos, y que la última vez que vio a la accionante fue hace unos 6 o 7 años, finalizó que su relación con la demandante fue de un saludo, pero no una amistad directa.

- TESTIMONIO LIDA ALCIRA JIMENEZ URREGO, es cuñada de la demandante, hermana del señor FERMÍN JIMÉNEZ, motivo por el cual fue tachada su declaración; explicó no conocer a los demandados pero sí al señor LUIS DELGADO (Q.E.P.D), porque en el año de 1993 se encontraba en estado de embarazo y el señor DELGADO la dejó compartir la habitación donde se hospedaban en el edificio durante 1 mes, para los primeros días del mes julio de 1993; recalcó que visitaba a su hermano más o menos cada 8 días, que su hermano estaba en el edificio porque lo contrataron para ser el celador del edificio, y los miércoles cuando era su día de descanso, salía como mensajero, así que la señora ROSALBINA BRICEÑO lo reemplazaba recibiendo mensajería, llevar la mensajería a las oficinas, estar atenta a la hermana, pero que no le constaba si el causante le impartió o no esa orden; empero por otro lado, manifestó constarle que éste le decía que debía estar atenta a la portería porque el señor FERMÍN JIMENEZ salía y que por esa función a la demandante le hacían un pago los miércoles, pero que nunca lo presencié, explicó no saber cuándo había fallecido el señor LUIS DELGADO porque vivía en Italia, y se enteró 6 meses después, que regresó a Colombia el 11 de noviembre de 2013, fecha para la cual visitó a su hermano, quien continuaba trabajando en el edificio; que luego del fallecimiento del señor DELGADO cree que los hizo se hicieron cargo del edificio, no sabía quien; que tenía entendido que la señora ROSALBINA trabajó para el señor LUIS ALFONSO los días miércoles, y también realizaba el aseo, incluso lavaba las escaleras a mano los fines de semana, pero por ello no le pagaban, lo cual sabía porque se lo decía la demandante. Mencionó, en cuanto al interrogante del horario, que la señora ROSALBINA tenía que estar siempre pendiente; además, no sabía después del año 2013 de quien recibía órdenes la señora ROSALBINA. De igual modo, ante la pregunta de que, si lo que sabía sobre los hechos, era porque le contaron o porque vio, contestó que porque vio eso en el mes que vivió con ellos allá. Agregó igualmente que iba de visita constantemente con su esposo y los visitaban.
- FERMIN JIMENEZ URREGO, esposo de la demandante, precisó conocer a los demandados hace aproximadamente unos 32 años, porque trabajó con ellos desde el 20 de febrero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2016, en el cargo de mensajero del causante, quien falleció el 27 de febrero de 2010, fecha para la cual explicó vivía en el edificio, donde funcionan unas oficinas; que las personas encargadas del mismo eran su esposa y él desde las 7 am, detalló que los demandados le pedían el favor de manera verbal a la señora ROSALBINA BRICEÑO de cuidar el edificio, mientras él llegaba, de lunes a sábado, labor por la cual no se le pagaba ningún monto, resaltó que su esposa le colaboraba haciendo el aseo, cuando él estuvo

incapacitado porque lo habían operado de una hernia y del manguito rotador, actividad que le encomendaron los demandados especialmente el señor HUMBERTO DELGADO desde el 13 hasta el 21 de enero de 2016; resaltó que como no le realizaron ningún pago y tenía horario de trabajo de 8:00 am hasta las 10pm; que la señora ROSALBINA nunca se negó a hacer actividades de aseo; que alguna vez pidieron permiso para el entierro de un hermano, pero les tocó sacar de su dinero para pagar al cuidandero que quedaba en el edificio, y la señora ROSALBINA solicitó un permiso para ir al entierro del papá. Que el fallecido señor DELGADO le llamó la atención a la señora ROSALBINA porque a veces olía a comida, cuando ella estaba cocinando, pero no existieron llamados de atención de los servicios de limpieza que realizaba, porque ella siempre los hacía bien. Reiteró que las labores realizadas eran las del aseo del edificio, pendiente de la portería recibiendo correspondencia y la entrada y salida de las personas, todos los días, porque el señor DELGADO lo mandaba a él a hacer otras funciones, todo el día, además su esposa cuidaba a los niños, cuidaba los niños y el edificio.

- TESTIMONIO ALFONSO CARRASCO ÁVILA, quien explicó conocer a los demandados hace aproximadamente 10 años porque como independiente realizaba arreglos de pintura en el edificio, motivo por el cual también conoció a la señora ROSALBINA BRICEÑO a quien veía entrar y salir del edificio, sin embargo resaltó que ella no trabajaba allí; recordó que una vez terminaba sus labores de pintura dejaba el lugar aseado, así mismo recalcó que cuando trabajó allí, no vio hacer alguna labor a la señora ROSALBINA, pese a que duraba realizando sus labores todo el día, durante unos 15 o 20 días; explicó que el señor FERMÍN JIMÉNEZ estaba pendiente de la entrada y salida del edificio, y que cuando este no se encontraba nadie lo reemplazaba.
- TESTIMONIO LUZ MIRELLA FARÍAS, es amiga de la demandante, a quien conoce hace 26 años, porque trabajaba con un psicólogo en chapinero en la portería, y porque sus hijos estudiaron en el mismo colegio, explicó no conocer a los demandados de manera personal, del mismo modo manifestó que el señor FERMÍN trabajaba en chapinero, en un edificio, propiedad del señor LUIS DELGADO (q.e.p.d.) quien falleció el 27 de febrero de 2010, que así lo recuerda porque la señora ROSALBINA se lo manifestó y le anotó la fecha, precisó que conoció al causante de saludo y nada más; así mismo recordó que el psicólogo para quien laboró también falleció, pero no recuerda la fecha, preciso que visitaba a la accionante aproximadamente cada 2 semanas, que en sus visitas la demandante estaba recibiendo llamadas y correspondencia que la señora ROSALBINA no tenía un horario de trabajo, que reemplazaba al señor FERMÍN, que solo tenía salario

los miércoles, y que no recibió liquidación, concluyó que el señor FERMÍN enfermó pero desconoce si estuvo incapacitado.

De la misma manera, fueron allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Registro civil de defunción del señor LUIS ALFONSO DELGADO AMAYA. (fls. 69).
- Certificado de tradición y libertad del bien inmueble con folio de matrícula número 483583 de la oficina de registro de instrumentos públicos (fls.71 y 72), donde consta que su propietario era el hoy fallecido señor LUIS ALFONSO AMAYA DELGADO, siéndole adjudicado en sucesión a los señores DELGADO RODRIGUEZ LUIS EDUARDO, DELGADO RODRIGUEZ GLORIA ESPERANZA, DELGADO RODRIGUEZ AÜCIA DEL ROSARIO, DELGADO RODRIGUEZ HUMBERTO, RODRIGUEZ DE DELGADO ALICIA.
- Comunicación de fecha 25 de abril de 2016 remitida a la actora por parte de la Inmobiliaria LUNA GÓMEZ, relacionada con el pago correspondiente al reemplazo realizado por la señora ROSALBINA BRICEÑO al señor FERMÍN JIMÉNEZ URREGO en la labor que este desempeñaba en el Edificio ubicado en la calle 61 No. 9-83 de esta ciudad por incapacidad médica entre el 13 de enero de 2016 al 10 de febrero de 2016, por valor de \$860.518 (fl. 77).
- Comunicación «a quien interese», emitida por parte del señor CARLOS MARTÍNEZ FLECHAS el 28 de agosto de 2015, gerente de la empresa Automatiza Soluciones SAS, donde certifica que conoce a la accionante hace aproximadamente 3 años, por su labor como asesora y portera del edificio ubicado en la calle 61 No. 9-83, donde se encuentra ubicada su oficina (fl.82).
- Comunicación «a quien interese», de fecha 11 de agosto de 2015 expedida por parte del señor Holbein Saboya Díaz, en la cual refiere conocer a la accionante hace aproximadamente 22 años en sus funciones de la portería del edificio donde tiene su consultorio (fl. 83).
- Constancia expedida por la señora Madeleine Soto Lacouture el 10 de agosto de 2015, donde certifica que la accionante colaboró ocasionalmente con el servicio de portería, aclarando desconocer la relación laboral que pudo haber tenido tanto con el causante, como con sus herederos (fl.84).
- Comunicación «a quien interese» de fecha 29 de julio de 2015, suscrita por el señor Francisco Castellón L., donde certifica que conoce a la demandante hace 15 años y da fe que era una persona que cumplía con sus deberes como aseo y portera (fl. 85).
- Comunicación «a quien interese», suscrita por el señor Cesar Tulio Torres Lizcano de fecha 17 de julio de 2015, en la cual se certifica que conoce a la

accionante hace 9 años en razón a las labores por ella realizadas en el edificio ubicado en la calle 61 No. 9-83 (fls. 86).

- Comunicación de la señora NORELLA VELASQUEZ del 18 de julio de 2015, donde certifica que la accionante ha colaborado ocasionalmente con el servicio de portería el edificio ubicado en la calle 61 No. 9-83 desde el año 1990, aclarando desconocer la relación laboral que pudo haber tenido tanto con el causante, como con sus herederos (fls. 87)
- Comunicación «a quien interese», de fecha 16 de julio de 2015, donde la Constructora Hernández Martínez, suscrita por los arquitectos Andrea Viviana Naranjo, Sergio Jiménez y Javier Alfonso Hernández, donde certifican que conocer a la demandante desde 11 años por la actividad que estos desarrollaban en el edificio ubicado en la calle 61 No. 9-83. Indican que en ese tiempo vieron a la actora desarrollar actividades de portería y aseo del mencionado edificio (fls. 88).
- Constancia de no acuerdo No. 452, de fecha del 11 de agosto de 2014 expedida por el Ministerio de Trabajo, en la cual, la señora ALICIA RODRIGUEZ DE DELGADO, manifestó que ella no manejaba la empresa de su esposo y que quien se encarga hoy día del edificio es su hijo (fls. 93 y 94).
- Contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre el causante y el señor FERMÍN JIMÉNEZ, esposo de la actora, celebrado el 20 de febrero de 1990 para desarrollar labores de portero y aseo en la calle 61 No. 9-83 (fl. 96 fte. y vto.).
- Contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre el causante y el señor FERMÍN JIMÉNEZ, esposo de la actora, celebrado el 1° de enero de 1993 para desarrollar labores de portero y aseo en la calle 61 No. 9-83 (fl. 95 fte. y vto.).
- 32 recibos de caja donde se cancelan salarios a la demandante desde el 21 de octubre de 2002 hasta el 21 de marzo de 2012, sin embargo, los mismo no contienen firmas de quien los otorga, sólo la de la demandante como receptora (fls. 97 a 112)
- Certificaciones expedidas por el señor LUIS ALFONDO DELGADO (q.e.p.d.) el 24 de noviembre de 2006, 21 de septiembre de 2007 y 03 de diciembre de 2008, con destino al centro educativo donde estudian los hijos de la demandante, donde indicó igualmente que el señor FERMÍN JIMENEZ URREGO se encontraba trabajando a su servicio en el cargo de celador diurno en el edificio ubicado en la calle 61 No. 9-83, lugar donde habitaba con su familia e hijos, quienes dependían económicamente de él, ya que la actora se dedicaba al hogar (fls. 164 a 167).

- Copia del comprobante de nómina CE- 17580692 correspondiente al sueldo del señor FERMÍN JIMÉNEZ del 16 al 31 de octubre de 2011 y del 1 al 15 de noviembre de 2011 (fls. 169 a 171).
- Copia del contrato de trabajo a término indefinido celebrado por la señora ALICIA RODRIGUEZ de DELGADO con el señor FERMÍN JIMÉNEZ el 30 de diciembre de 2013, para desempeñar el cargo de celador en el aludido edificio. (fls. 171 a 173).
- Copia de la escritura No. 02005 del 26 de octubre de 2012 mediante la cual se efectuó la sucesión del causante (fls. 175 a 210).
- Copia de los recibos de pago efectuados por el señor FERMÍN JIMÉNEZ por parte de la inmobiliaria LUNA GOMEZ en vigencia de su relación laboral con la señora ALICIA RODRIGUEZ de DELGADO. (fls. 244 a 246).
- Copia de la carta de despido al señor FERMÍN JIMÉNEZ el 27 de diciembre de 2016 (fls. 248).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que, con el acervo probatorio allegado, concluye esta Corporación que se tiene acreditado que la demandante efectivamente prestó sus servicios a favor del extremo demandado, de ahí que la actora cuenta a su favor con la presunción contenida en el artículo 24 del CST, es decir, que debe presumirse de entrada que la relación que reclama es de estirpe laboral y como ella es de carácter legal admite prueba en contrario. Por ende, debe estudiarse entonces si esta presunción fue desvirtuada o, por el contrario, la misma fue confirmada.

Así las cosas, una vez analizados los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, tal y como lo impone el artículo 61 del CPTSS, para la Corporación se encuentra desvirtuada la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST ya citado, pues no queda duda que la prestación del servicio por parte de la demandante no se dio en el marco de un contrato de trabajo, como quiera que las pruebas decretadas y practicadas en debida forma, desdibujan completamente la existencia de una relación subordinada, al menos por todo el tiempo reclamado, pues es claro que la señora ROSALBINA DELGADO vivía con su familia y esposo en el mismo edificio donde éste último estaba contratado precisamente para realizar labores de portería y aseo del mismo, por lo que de entrada no luce descabellado concluir en principio que la actora le ayudaba eventualmente a su esposo en la realización de esas tareas, de ahí que las pruebas documentales, las certificaciones y constancias de los arrendatarios del edificio se acompasan con esta realidad, es decir, que la vieron por muchos años en ese edificio y que realizaba tales labores. De igual modo la prueba testimonial contrastada, tanto la aportada por la parte actora como

los que allegó la accionada, que evidentemente marcan tendencia en uno y otro sentido, empero considera la Sala que no es posible otorgarles total credibilidad al esposo de la demandante y a su cuñada, pues sus dichos tienden a favorecer a la demandante, máxime en el caso de la cuñada, cuyo conocimiento en gran parte proviene de lo que le informó la demandante; incluso su esposo refirió que su esposa le colaboraba haciendo el aseo.

Ahora, vale destacar en este aspecto que surge además otro inconveniente que también daría al traste con las aspiraciones de la actora, porque, de no haberse derruido tal presunción, los medios de convicción también dan cuenta de otras vicisitudes que deben valorarse a la luz del artículo 23 del CST, como quiera que de esta norma que define los elementos esenciales del contrato de trabajo, emerge claras características distintivas e inherentes a la relación de trabajo, a partir de las cuales se le imprime la naturaleza laboral a una relación contractual, que por demás, tiene como primera cualidad la subordinación, pero que va acompañada de otros aspectos que le dan su propia connotación, a saber:

- Que la prestación del servicio debe ser personal y,
- Para que pueda hablarse de subordinación, debe mediar una continuada dependencia respecto del empleador.

Se advierte como la norma en estudio, dispone que debe existir una continuada dependencia, en virtud de la cual, el empleador ejerce el poder subordinante sobre el modo, tiempo y cantidad de trabajo realizado por su trabajador, la cual, debe mantenerse «por todo el tiempo de duración del contrato de trabajo». En efecto, la subordinación comporta un deber de obediencia por parte del trabajador, de las órdenes que le sean impartidas por su empleador, o un representante suyo, y en este marco obligacional se requiere de manera irrestricta la prestación efectiva de un servicio dentro de ese preciso marco de referencia temporal, para que exista la obligatoriedad de acatar órdenes o instrucciones, pues claramente la disponibilidad del trabajador para estar atento a la posibilidad de prestar el servicio cuando así lo determine el patrono, también es una manera de identificar la subordinación; en este sentido, la jurisprudencia de esta especialidad, de vieja data, ha decantado que de no darse la prestación del servicio «sino apenas la simple posibilidad de prestarlo, la sola disponibilidad es, en realidad, una equivalente de la subordinación jurídica, nota característica del contrato de trabajo...»¹.

Bajo estas consideraciones, en el caso de autos, se advierte que la prestación del servicio desplegada por la promotora del litigio no lo fue de manera continua en el

¹ Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, 11 de abril de 1970.

interregno de los extremos temporales que se invocan en el libelo inaugural; lo que puede extraerse es que efectivamente la actora sí laboraba, pero por cortos espacios temporales o por turnos, pues la prueba documental en armonía con los testimonios permiten establecer que las labores eventualmente fueron desarrolladas por turnos dependiendo, de si el esposo estaba o no en el edificio, es decir para cubrir sus ausencias e incluso cuando este tuvo una incapacidad por unos días, periodo frente al cual se acredita un pago pero por parte de una sociedad inmobiliaria que no está vinculada en el presente proceso, de ahí que, para la Sala no existió una continuada dependencia respecto del empleador.

En efecto, queda claro de un lado, que la prestación del servicio no se dio de manera continua durante el período que comprenden los extremos temporales invocado por la actora; y por otro lado, que en las circunstancias de tiempo y modo en que se prestó el servicio, daría lugar a la existencia de varios contratos de trabajo en lapsos de tiempo inferior y diferentes a los alegados con la demanda, pues no se acreditó que en los días, semanas o meses, en que no se realizaba actividades estuviere a disposición del empleador, o ejecutando algún otro tipo de labor bajo sus órdenes; todo lo contrario, lo que puede finalmente concluirse por parte de la Sala es que la demandante tenía tal disposición pero en favor de su esposo, para cubrirle ausencias, quien era el contratado laboralmente para ejercer esas labores, incluso no podría inferirse el modo o las formas en que el fallecido causante o sus herederos aquí demandados hayan ejercido tal subordinación, en tanto y en cuanto, ellos según se deduce de las pruebas, no vivían en el edificio, allí sólo hay oficinas o locales comerciales ocupados por terceros arrendatarios y por la familia de la demandante, por lo que, se afianza la tesis de que prestó servicios ocasionales en favor del señor Luis Alfonso Delgado Amaya (q.e.p.d.), pero no cumplía horarios e incluso, que prestó servicios para los arrendatarios de manera independiente.

Así las cosas, al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate probatorio, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto el demandante estuvo ligado a demandada en virtud de un contrato de trabajo, situación que conduce a la decisión absolutoria que determinó el Juzgado en la sentencia apelada, por lo cual será confirmada, lo cual releva a la de someter a discusión las condenas solicitadas y los responsables de cumplirla eventualmente, por lo que por sustracción de materia, se hace totalmente innecesario examinar los demás aspectos propuestos en la apelación.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de MARIA YADIRA ESPINOSA contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Rad. 110013105-035-2019-00608-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta las siguientes decisiones

AUTO PRELIMINAR

Dentro del presente asunto, observa la Corporación, una vez revisado el expediente digital remitido, que en los archivos «09- Correo_ Juzgado 35 Laboral - Bogota - Bogota D.C. - Outlook.pdf» y «10- Desistimiento proceso Exp. No. 35-2019-00608-00», la parte actora mediante correo electrónico dirigido al juzgado de conocimiento manifestó que desistía del proceso y por tanto ordenara el archivo del expediente. Solicitud que fue enviada el día 24 de noviembre de 2020, esto es, un día después de haberse proferido la sentencia de primer grado, la cual fue apelada precisamente, por el extremo activo; figura bajo la cual, correspondió por reparto el cuatro (04) de marzo de 2021.

Frente a la aludida petición, la demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. ESP en memorial del catorce (14) de septiembre de 2020 se opone y aclara que «que el apoderado de la demandante tal vez pueda desistir del recurso de apelación y decimos “tal vez” porque revisado el poder otorgado por la actora notamos que no cuenta con facultad expresa para desistir de la causa, por lo que en un principio no podría hacerlo, pero no puede desistir de una demanda que ya cuenta con sentencia»; en todo caso, solicita se condene en costas a la parte demandante (Exp- Digital: 11- Correo_ Juzgado 35 Laboral - Bogota - Bogota D.C. - Outlook.pdf y 12- Oposición desistimiento).

Al respecto, se observa que el apoderado de la parte actora mediante escrito allegado a esta Corporación mediante correo electrónico el 05 de abril de 2021, aportó poder

suscrito por la demandante en la cual lo faculta para desistir de la demanda, por haber celebrado contrato a término indefinido con la entidad aquí accionada.

Al respecto, la Sala de Decisión considera menester recordar que los incisos 1 y 2 del artículo 314 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, establece lo siguiente:

«Artículo 314. Desistimiento de las pretensiones. El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia». Resaltado fuera del texto original.

En tal sentido, y atendiendo el precepto legal referido, encuentra la Corporación que la solicitud de desistimiento de la demanda presentada resulta procedente, ello en atención a que dentro del proceso se dictó sentencia de primer 23 de noviembre de 2020 por parte del Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, con lo cual se entiende que comprende el del recurso de apelación formulado por la parte activa, empero, también se observa que la petición impetrada no se encuentra coadyuvada por la parte demandada, como tampoco que se presenten las situaciones de abstención a la imposición de costas contenidas en el artículo 316 ibídem, circunstancia por la cual no queda otro camino que aceptar el desistimiento formulado respecto tanto de las pretensiones de la demanda como del recurso de alzada, pero a su vez condenar en costas a la parte demandante, señalando como agencias en derecho la suma de \$100.000 M/cte, que se generan por esta consecuencia procesal. Ello sin perjuicio, de que, al momento de presentar el desistimiento del recurso ante el juez de primera instancia, el apoderado judicial no contaba con la facultad de desistir, con lo cual, se entiende que el desistimiento del recurso sólo se entiende presentado ante esta instancia y con posterioridad al auto que admitió el recurso.

Igualmente se precisa que el apoderado de la parte demandante, Doctor ERNESTO GONZÁLEZ CORREDOR se encuentra legalmente facultado para desistir del recurso de alzada que fuera interpuesto, teniendo en cuenta las facultades a él conferidas en el poder remitido por correo electrónico en esta instancia (archivo digital: Memorial Exp. No. 035-2019-00608-01), por lo que el desistimiento será aceptado.

No obstante, lo expuesto, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera por ministerio de la Ley en asuntos del trabajo y de la seguridad social, esta Corporación conocerá del asunto en segunda instancia, al haber sido totalmente desfavorable a los

intereses de la parte demandante, conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS. En tal medida y por economía procesal, al estar agotado el trámite previsto en el numeral primero (1°) del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, se dictará la sentencia en tales términos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial De Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR el desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del veinte (20) de agosto de 2020 proferida por el juzgado veinte (20) laboral del circuito de Bogotá y que fuere presentado por el apoderado judicial de la parte demandante, conforme la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$100.000 M/cte.

CUARTO: REVISAR en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia de primera instancia a favor de la parte demandante por el resultado absolutorio de las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-1162 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señor MARIA YADIRA ESPINOSA pretende se declare que los artículos 57 y 58 de la convención colectiva celebrada entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia «SINTRAEMSDES» el 24 de noviembre de 2015, se pactó que los contratos de trabajo de los vinculados a la empresa para esa data son a término indefinido. En consecuencia, se declare que su contrato de trabajo con la demandada, suscrito el 2 de enero de 2013, pactado a término fijo, en realidad es a término

indefinido; como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada para que en el término de 5 días inserte a su contrato de trabajo que el termino de duración de su contrato es indefinido; se condene igualmente al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis manifestó que, entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia «SINTRAEMSDDES», se celebró el día 24 de noviembre de 2015 convención colectiva de trabajo, la cual fue debidamente depositada ante el Ministerio del Trabajo, advirtiendo, en el artículo 57 de la misma se pactó que, para garantizar la estabilidad de los trabajadores, los contratos de trabajo se suscribirían a término indefinido y en el inciso 2o del citado artículo se pactó que los trabajadores vinculados para el 24 de noviembre del 2015, sería a término indefinido. Señaló igualmente, que en el artículo 58 se pactó que sólo la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, podía contratar trabajadores a término fijo, en dos eventos: Cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, o para la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio; y para reemplazar personal en vacaciones o en licencia, en cuyo caso la contratación no podrá ser superior a la duración de las vacaciones o de las licencias. De otro lado, mencionó haberse vinculado a la empresa demandada mediante contrato a término fijo, con registro 36529, el 2 de enero de 2013 hasta el 1° de julio de 2013, en el cargo de Profesional Nivel 22, siendo prorrogados sus contratos del 2 de julio al 31 de diciembre de 2013, del 1° de enero de 2014 hasta el 30 de junio de 2014, del 1° de julio hasta el 31 de diciembre de 2014, del 1° de enero de 2015 hasta el 31 de mayo de 2015 y del 1° de junio hasta 30 de noviembre de 2015. Agregando, que celebró nuevamente contrato a término fijo No. 37036529, el 2 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, donde al mismo se le insertaron otros sí, del día 27 de diciembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2017, del 7 de noviembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, del 18 de diciembre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019. De tal modo que prestó sus servicios de manera ininterrumpida a la demandada desde el 2 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2019 desempeñando el mismo cargo y nivel por más de 6 años, obteniendo calificaciones sobresalientes sobre su desempeño laboral, aseveró que se encuentra afiliado y es beneficiario de la organización sindical SINTRAEMSDDES donde se le efectúan descuentos por la misma, subrayó que por lo expuesto no está sujeto a participar en el concurso de méritos que hace alusión la convención en su capítulo VII. Finalmente señaló que agotó la vía gubernativa con escrito del 23 de julio de 2019 para obtener el reconocimiento de su contrato a término indefinido, dándose respuesta al mismo de manera negativa el 16 de agosto

de 2019, guardándose silencio respecto de la duración del contrato e inaplicabilidad de los concursos (Fls. 121 a 134).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. – EAAB E.S.P. contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, advirtiendo que lo establecido en el artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo previo a adelantar proceso de selección o concurso de méritos, tal como lo dispone los artículos 42 y 52 de la misma Convención, atendiendo a los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad, publicidad y objetividad, explicando que el mismo no se ha podido llevar a cabo por diferentes razones ajenas a su voluntad, concurso de méritos es un tema complejo que toma tiempo ejecutar, razón por la cual se acordó con el sindicato extender el cumplimiento de la contratación a término indefinido a través de la concesión de un nuevo régimen de transición desde el 01 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020, permitiendo contratar a la empresa a término fijo con periodos prorrogables automáticamente hasta realizar el concurso de méritos conforme al artículo 51 de la convención, aseveró que del articulado se desprende que los trabajadores que laboraran en procesos comerciales, operativos de acueducto y gestión social, de servicios de acueducto y alcantarillado serían vinculado bajo esa modalidad. Propuso como excepciones de fondo, las de «buena fe», «prescripción» e «inexistencia del derecho» (Fls. 138 a 149).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 23 de noviembre de 2020, absolvió a la demandada EAAB ESP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a la anterior decisión, luego de encontrar probado el vínculo laboral entre las partes, estimó con relación a la interpretación de la convención colectiva de trabajo, que su artículo 57 consagra en efecto que la finalidad es que los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales tuvieran una duración a término indefinido; no obstante, regula que para el efecto se debía aprobar un concurso de méritos, el cual está destinado a los trabajadores vinculados, por ende, es un concurso cerrado. En ese orden de ideas, el objetivo del concurso y de la cláusula convencional, se dirige a que los trabajadores tuvieran una mayor estabilidad laboral, previamente accediendo a ello mediante concurso de méritos. De igual manera, que el hecho de aprobar el concurso de méritos no fue una imposición patronal, sino un aspecto consensuado

con la organización sindical, por ende, no es factible que de manera automática y sin que medie el concurso de méritos, el contrato de la accionante, mute a término indefinido. Frente a la aparente antinomia existente frente a la regulación que, en tanto los concursos de adelante, los contratos serán a término indefinido, señaló que los contratos de trabajo suscritos por la accionante no se encuadran en las excepciones para la contratación a término fijo; no obstante en el artículo 51 de la Convención Colectiva de Trabajo regula un régimen de transición, el cual señala que a partir del 1º de diciembre de 2015 los trabajadores que laboran en procesos comerciales, operativos y de gestión, se vincularan mediante contrato de trabajo a término fijo, la que resulta aplicable a la accionante, en tanto su cargo se encuentra adscrito a dichos procesos. De otra parte, señaló, en el Acuerdo 24 de 2015, se crean cargos en la planta de personal, y en el numeral 1º, se consagra el cargo que ostenta la accionante, señalando que los ya existente se entenderán prorrogados y, por ende, tal creación no autoriza la mutación del término de duración del contrato de trabajo. Señalo igualmente que no había lugar a aplicar el principio de favorabilidad, dado que no existe duda en cuanto a la aplicación o interpretación de normas establecidas en la convención colectiva, pues resultaba claro que el artículo 51 desarrolla de manera clara y expresa que los cargos como el que ocupa la demandante pueden seguir siendo suscritos bajo la modalidad de contrato a término definido.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la partea accionada presentó alegatos solicitando se confirme la decisión de primer grado.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación solucionar como problema jurídico si entre la demandante y la sociedad demandada media un contrato de trabajo y bajo que modalidad, en el interés de la parte actora de que su vinculación se gobierne por una modalidad indefinida con base en la convención colectiva de trabajo.

CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que la existencia del contrato de trabajo, el cual se encuentra vigente y se ejecuta bajo la modalidad a término fijo, aspecto este que además de no haber sido objeto del debate en el asunto,

fue reconocido por la pasiva desde la contestación de la demanda, y en todo caso, se verifica, entre otras, de la certificación expedida el 27 de mayo de 2019 por el Director de Mejoramiento de Calidad de Vida (E) de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. (fl. 32). Así como tampoco se discute la afiliación realizada por el demandante al sindicato SINTRAEMSDDES pues, aunque al plenario no se arrimó constancia alguna de esta situación, sí se aportó desprendible de nómina emitido por la demandada donde se evidencian descuentos a favor de dicha organización sindical (fl. 33), aunado a que se trató de un hecho excluido de debate por la aceptación de la encartada de dicha circunstancia (respuesta al hecho 25, folio 142).

Precisado lo anterior, se tiene que la demandante pretende se declare que su vinculación con la demandada lo es mediante un contrato de trabajo con vigencia indefinida, en virtud de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDDES, el 24 de noviembre de 2015.

Lo anterior, según el artículo 57 de la aludida convención en la que se consignó que los contratos que suscriba la demandada con sus trabajadores deben ser a término indefinido, aludiéndose en el libelo inicial que resultan ineficaces las cláusulas contractuales y convencionales que pacten una modalidad de vinculación diferente o que vayan en contravía de las prerrogativas del trabajador y por ende deben ser inaplicadas.

Pues bien, para resolver es importante acudir al contenido de la disposición enunciada. Así, el artículo 57 (Capítulo VII Garantías Laborales) de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDDES el 24 de noviembre de 2015 (fls. 73 y 74), en su tenor literal preceptúa:

«Artículo 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.

Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

Parágrafo 1: Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días; cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley

El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.

Parágrafo 2: La Empresa procurará la vinculación del personal transitoria al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de La Empresa (Artículo 78- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63)» (Negrillas y subrayas de la Sala).

Por su parte, el artículo 58 ibídem, dispone:

«ARTÍCULO 58 CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: La empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

Lo anterior, sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento (Artículo 79- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 44 y CCT 2008-2011 art. 64.)» (Negrillas y subrayas de la Sala).

De lo anterior, la intelección que se desprende de dichas disposiciones no es otra que la vinculación del personal a la empresa demandada debe hacerse, por regla general, mediante contrato de trabajo a término indefinido y por excepción, a término fijo o por duración de la obra o labor, siendo claro entonces que la convención no prohíbe la suscripción de contratos a término fijo, pudiendo la empresa acudir a esta modalidad cuando se trata de cubrir vacantes temporales, inferencia que es razonable, pues se desprende sin dificultad de su texto.

Adicionalmente, aunque a través de tal acuerdo la empresa se compromete vincular a todos sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, previo concurso de méritos, en el inciso siguiente también garantiza claramente, los derechos de aquellos trabajadores que ya se encontraban vinculados, estableciendo que su contrato igualmente sería a término indefinido, mientras subsistan las causas que le dieron origen.

En el caso concreto de la actora, tal como se desprende de la documental aportada, para la fecha de suscripción de la mencionada Convención Colectiva -24 de noviembre de 2015- se encontraba vinculada a la EAAB mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 2 de enero de 2013 mismo que fue prorrogado de manera ininterrumpida hasta el 30 de junio de 2020 y que terminó por vencimiento del plazo en esta última fecha (folios 158 a 165 y 222). Es importante precisar, la prórroga del contrato según se observa de los memorados dirigidos al actor obedeció a la ampliación de la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa.

Posteriormente se suscribió nuevo contrato de trabajo a término fijo de un año, a partir del 2 de diciembre de 2015 el cual se ha venido prorrogando a través de otros síes (169 a 174 y 222) y es el que actualmente ata a las partes en litigio.

Conforme lo anterior, aunque a la fecha de celebración de la Convención Colectiva 2015-2019, había un contrato vigente, lo cierto es que el mismo feneció el 30 de noviembre de 2015, conclusión que guarda correspondencia con lo anotado por la propia demandante en el hecho 15 del libelo (folio 124) de donde se infiere la finalización de un vínculo y el nacimiento de otro.

Bajo tal entendido, la contratación vigente entre las partes se suscribió con posterioridad a la celebración del acuerdo colectivo, no advirtiendo dentro del petitum o la alzada que se pidiera la unidad contractual de dichos vínculos. En esa medida, inicialmente, no es posible deducir que se está ante un contrato a término indefinido, en los términos del artículo 57 de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, como pasa a explicarse.

En primer lugar, debe recordarse que las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes.

En ese sentido, no puede perderse de vista que la norma convencional aportada al proceso contempla en sus artículos 38 a 58 (66 a 74), disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y la planta de personal, las cuales deben ser analizadas en forma sistémica o integral, de las que se destacan las siguientes:

«(...)

CAPITULO V

ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EAB-ESP: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDS Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.

Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.

Parágrafo 2: La EAB-ESP- exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la EMPRESA, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de la CCT (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL)

(...)

ARTÍCULO 39: ESTRUCTURA Y PLANTA DE PESONAL

(...)

Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.

(...)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015).

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de

diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...)».

Luego el artículo 53¹, adoptó la creación de un concurso de méritos, por una única vez para proveer las vacantes de personal a término indefinido que resulten por la adopción de la planta de personal definitiva.

Conforme al clausulado ampliamente transcrito y armonizando tales disposiciones, se advierte, aunque es cierto que la demandada debe vincular a todos sus trabajadores mediante contrato de trabajo a término indefinido, particularmente aquellos que venían vinculados bajo otra modalidad a la entidad a la suscripción de la convención, salvo las excepciones ya anotadas (artículos 57 y 58 CCT), en el mismo acuerdo se habilitó a la demandada a terminar los contratos de trabajo de aquellas personas que laboraban en la planta transitoria de «los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo» para vincularlos nuevamente, a partir del 1 de diciembre de 2015 en la planta fija de la EAB mediante contratos de trabajo a término fijo, inicialmente por 13 meses, prorrogables durante la vigencia del denominado régimen de transición, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020.

Así, aunque en el artículo primero del Acuerdo 024 de 20 de noviembre de 2015 «Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 de 25 de junio de 2007» (fls. 110 a 117) se creó en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. «una planta de mil ciento noventa y tres (1193) cargos de trabajadores oficiales a término indefinido, (...) para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial», cuya contratación debía realizarse a

¹ «ARTÍCULO 53: CONCURSO DE MÉRITOS, POR ÚNICA VEZ PARA PROVEERLAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL. Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así
Primera Convocatoria: Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria.
(...)»

través de contratos de trabajo con la modalidad a término indefinido, no obstante, al menos durante la vigencia del régimen de transición, y por virtud de la propia Convención Colectiva, se le permitiría a la encartada realizar la provisión de dichos cargos por contratos a término fijo, con el fin de que esta pudiera adelantar el concurso de méritos respectivo para proveer de manera definitiva los mismos.

Considerando lo predicho y atendiendo las condiciones particulares de la vinculación de la demandante, es claro que la misma se ajusta a lo previsto en el artículo 51 de la CCT, si se tiene en cuenta que fue en la convención donde se determinó que la planta transitoria, a la cual estaba vinculado, vencía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que terminó su contrato inicial. Ahora, aunque el promotor del juicio fue contratado nuevamente el 2 de diciembre de 2015 mediante contrato a término fijo, el cual se encuentra vigente, para desempeñar el cargo de Profesional Nivel 22 de la División Atención al Cliente Zona Cinco (folio 222) -que resulta ser la misma del contrato anterior -, lo cierto es que esta vinculación bajo la mentada modalidad estaba autorizada por el acuerdo colectivo por ser su cargo perteneciente a la anterior planta provisional y creado de manera definitiva según el artículo primero del ya referido Acuerdo 024 de 2015, cargo que resulta ser propio de «la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social», a las que se refiere el denominado régimen de transición y en virtud del cual, se itera, se permite «transitoriamente» la vinculación de estos trabajadores por contrato a término fijo.

Valga decir, a juicio de la Sala, la creación de la transición en la convención contrario cercenar los derechos de los trabajadores vinculados lo que busca es garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al trabajo, y para ello en ese mismo instrumento se diseñó un sistema de concurso de méritos en el cual los trabajadores con contrato a término fijo podrán participar a efectos de hacerse beneficiarios de la vacante en la modalidad de contrato a término indefinido, como de hecho así lo hizo la demandante, según se informa en la certificación obrante a folio 230, concursando para el cargo bajo la modalidad contractual acá solicitada.

Un entendimiento contrario, sería tanto como desconocer la voluntad de las partes plasmada en la convención y constituiría una interpretación restrictiva que no se acompasa con la verdadera intención que es fortalecer el mérito, pues como se ve, con el régimen de transición lo que garantiza es la participación en los concursos de aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo con modalidades distinta al término indefinido.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

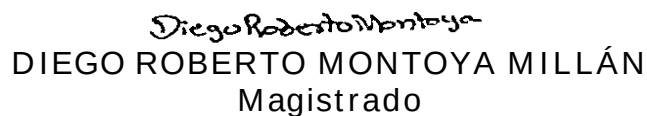
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GERMÁN ANDRÉS ORJUELA GARAY contra AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP. Rad. 110013105-003-2018-00113-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el día 17 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor GERMÁN ANDRÉS ORJUELA GARAY, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, con la finalidad que se declare que existió una relación laboral desde el 12 de agosto de 2015 hasta el 25 de mayo de 2017, la cual se desarrolló mediante un contrato laboral a término indefinido, desempeñando el cargo de supervisor de mantenimiento. Asimismo, se declare que las funciones propias de su cargo corresponden a las que se asignan a los trabajadores oficiales de carácter permanente, por ello, se declare que tiene derecho a la aplicación del régimen prestacional del servidor público nacional. En el mismo sentido, se declare que tiene derecho a la misma remuneración del señor JEISON ARTURO SALAMANCA, en virtud del principio a trabajo igual, igual salario. En consecuencia, se condene a la demandada a efectuar su reintegro, a pagar un salario igual al del señor JEISON ARTURO SALAMANCA a partir del 12 de agosto de 2015 y hasta la fecha del reintegro, junto con las prestaciones sociales de contenido económico compatibles

con el reintegro debidamente niveladas, reajustadas e indexadas. Igualmente, se condene al pago de las horas extras, el trabajo dominical e intereses a las cesantías, teniendo en cuenta el salario nivelado con el del señor JEISON ARTURO SALAMANCA. Finalmente, se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

De forma subsidiaria, pretende se declare que tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales, tomando todos los factores salariales concernientes por ser trabajador oficial, asimismo, se condene a reliquidar las vacaciones, la indemnización por despido sin justa causa, las cesantías e intereses a las cesantías.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un (1) año, el cual se ejecutó desde el 12 de agosto de 2015 hasta el 11 de noviembre de 2015. Que mediante otrosí firmado el 15 de diciembre de 2015 se modificó el contrato, pasando a ser un contrato de trabajo por duración de obra o por naturaleza de la labor contratada, mismo que fue modificado nuevamente el 08 de mayo de 2017, estableciendo que los servicios prestados como supervisor de mantenimiento, eran contratados en virtud del Convenio Interadministrativo 1.7-10200809-2012 Proyecto Aseo. Agregó que el día 25 de mayo de 2017, la demandada finalizó de forma unilateral el contrato. Explicó que las laborales que desempeñó dentro de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP se encuentran dentro del giro ordinario de la empresa en desarrollo de su objeto social, así mismo, que equivalen a las que ejerció el señor JEISON ARTURO SALAMANCA en el cargo de supervisor de patio como profesional especializado, quien pese a que no detentaba la calidad de profesional devengaba un salario de \$4.500.000, superior al suyo de \$2.867.741 a pesar de ser profesional en ingeniería mecánica. Adujo que la demandada pagó algunas prestaciones sociales como vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y prima legal, empero, omitió el pago de la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados, la bonificación especial de recreación y la prima de vacaciones. Expuso que cumplió funciones propias de otros servidores públicos vinculados a la planta de la empresa, aunado a que los contratos fueron suscritos de forma sucesiva, en ese sentido, resaltó que su labor no correspondía a labores ocasionales o temporales, que contrario sensu, estaba prevista en el Manual de Funciones. Agregó que el 28 de marzo de 2017, elevó petición ante AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP solicitando reconocimiento de la existencia de una relación laboral a término indefinido, no obstante, la entidad negó su pedimento (fls. 4 a 59 y 131 a 158).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, a través de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que nunca existió un contrato laboral a término indefinido con el demandante, sino que, el contrato estaba sujeto a la obra o labor contratada. Asimismo, arguyó que la empresa es de servicios públicos, de composición accionaria mixta, por lo cual sus trabajadores se rigen por el derecho privado conforme a la Ley 142. Que no es procedente el reintegro, por cuanto el contrato finalizó sin justa causa por decisión unilateral de la empresa, razón por la cual pagó la indemnización hasta la última fecha de vigencia de la modificación 18 del convenio interadministrativo 809 de 2012, momento en el cual liquidó los salarios y prestaciones pendientes de pago. Explicó que no es dable reconocer a los trabajadores particulares factores salariales o prestacionales diferentes a los que se derivan del contrato por obra o labor. Preciso que el cargo ejercido por el demandante era el de supervisor de mantenimiento, es decir, uno diferente al del trabajador en comparación, por lo cual, argumentó que se trató de cargos con funciones y responsabilidades diferentes, pese a que hicieron parte del mismo equipo de trabajo, dado que, cada uno desempeñó su labor dentro de la jerarquía administrativa que le correspondía.

En relación a las pretensiones subsidiarias, manifestó su oposición a cada una de ellas, precisando que el actor no acreditó su calidad de trabajador oficial o empleado público, por lo cual, argumentó que, al ser trabajador privado solo es beneficiario de las prestaciones del contrato por obra o labor determinada, las cuales pagó a aquel durante la relación laboral. Asimismo, arguyó que el demandante fue vinculado como un trabajador privado, en razón a que, al ser una sociedad anónima, con composición accionaria mixta y de servicios públicos, sus trabajadores se rigen por el derecho privado. Agregó que no es viable reconocer y pagar la indemnización por despido sin justa causa, dado que el contrato terminó por la supresión de la labor u obra por la cual se celebró el contrato. Propuso como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia de la obligación», «pago», «compensación» y «excepción innominada o genérica» (fls. 188 a 211).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 17 de febrero de 2021, declaró que entre el demandante y la sociedad demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP existió un contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada, desde el 12 de agosto de 2015 hasta el 27 de enero de 2017, la cual

finalizó sin justa causa por parte del empleador. Declaró probadas las excepciones de «cobro de lo no debido» e «inexistencia de la obligación».

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP es una empresa prestadora de servicios públicos, de carácter mixto, por lo cual, el régimen legal aplicable es el establecido en la Ley 142 de 1994, norma ordenó que quienes prestaran servicios a dicha empresa detentaran la calidad de trabajadores particulares y se rigieran por las normas del CST. De otra parte, encontró que de conformidad con el CST no existe razón jurídica alguna para ordenar el reintegro del demandante, dado que no acreditó la existencia de una de las causales consagradas allí para tal efecto, tal como el fuero sindical. Aclaró que, a título de discusión, aún si se considerara al demandante un trabajador oficial, las normas aplicables serían diferentes al CST, las cuales no consagran el reintegro de un trabajador oficial. Preciso que, pese a que la demandada argumentó que existieron dos contratos laborales, no cumplió con la carga de la prueba que le competía, dado que no aportó el segundo contrato laboral. En ese sentido, manifestó que existió un contrato laboral a término fijo inferior a un año que fue modificado de común acuerdo, convirtiéndose en un contrato de obra o labor determinada. En relación a la nivelación salarial, manifestó que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es menester que el trabajador pruebe la diferencia de trato respecto de una persona con idéntico cargo, similares funciones y equivalencia de jornada de trabajo y rendimiento para que se traslade la carga de la prueba al empleador, a fin de que acredite las razones objetivas de la diferencia, empero, consideró que el demandante no probó tal diferencia, en tanto, basó su pedimento sólo en un desprendible de nómina del señor JEISON ARTURO SALAMANCA, del cual coligió que aquel tenía un cargo diferente al demandante, ya que era profesional especializado, aunado a que, el actor no aportó pruebas sobre las funciones desempeñadas para verificar si eran las mismas. Para finalizar, argumentó que la demandada terminó el contrato sin justa causa, por lo cual, lo dable era el pago de la indemnización sin justa causa, la cual, a su juicio, se pagó debidamente, ya que correspondió a los salarios que el demandante debió devengar hasta el 15 de enero de 2018, equivalentes a 231 días.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandante, presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia, manifestando para tal efecto que, el fallador de primera instancia realizó un análisis parcial del artículo 41 de la Ley 142 de 1994, pues, a su juicio, es menester tener en cuenta que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP es una empresa de servicios públicos domiciliarios y una

sociedad anónima con el 92.20% de capital público, por lo cual, es aplicable el párrafo del artículo 17 de la misma norma, de allí, que resaltó que la demandada es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, organización que por ley tiene trabajadores oficiales y no trabajadores particulares. Asimismo, manifestó que el artículo 97 de la Ley 468 de 1998 establece que las sociedades de economía mixta desarrollan sus actividades conforme a las normas del régimen privado, salvo las excepciones de ley, tal como cuando el aporte público supere el 90% del capital de la sociedad de economía caso en el cual, las personas que prestan servicios allí son trabajadores oficiales. Recordó que la vinculación a la administración pública puede ser por medio de una resolución o decreto de nombramiento o a través de un contrato de trabajo, caso en el cual la relación laboral se rige por el CST, norma que es de imperativo cumplimiento. De otro lado, destacó que el señor JEISON ARTURO SALAMANCA, no era profesional y devengaba un sueldo superior al demandante, quien cumplía las mismas funciones y sí tenía un título profesional, en consecuencia, adujo que ese trato discriminatorio no se enmarca dentro de los principios de la administración pública, empero, no tenía la posibilidad real para probar el trato diferencial. Expresó su inconformidad con relación a lo argüido por el A quo en torno al reintegro del demandante, toda vez que el ejercicio de la profesión le ha demostrado que sí es procedente el reintegro de trabajadores oficiales. Concluyó que la indemnización del despido sin justa causa no se ajustó a derecho, por cuanto al ser un contrato por obra o labor, la indemnización debió pagarse hasta cuando tal obra culminó, esto es, cuando el convenio interadministrativo finalizó en el 2018.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado judicial de la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo de contestación de demanda solicitando se confirme la decisión de primera instancia. El apoderado judicial del demandante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si procede el reconocimiento de la calidad de trabajador oficial del demandante GERMAN ANDRES ORJUELA GARAY, y, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que se generan. De otro lado, se revisará la eventual procedencia de la nivelación salarial del demandante conforme al principio a igual trabajo, igual

salario. Finalmente, si está llamada a prosperar la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa.

CONSIDERACIONES

No es materia de controversia la relación laboral que ató al demandante con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, la cual correspondió a un contrato laboral de obra o labor contratada, que inició el 12 de agosto de 2015 y finalizó el 27 de enero de 2017, el cual terminó sin justa causa del empleador, tal como lo determinó el a quo, sin que ello haya sido objeto de reproche por las partes.

RÉGIMEN LABORAL DE LOS EMPLEADOS DE LAS E.S.P.

Para resolver el primero de los problemas expuestos, esto es, si la demandante ostentó o no calidad de trabajadora oficial, de indicar la Sala inicialmente, que el criterio de pertenencia de un trabajador a la categoría de trabajadores particulares u oficiales, depende de un parámetro orgánico referido a que la naturaleza de la entidad sea efectivamente la de una empresa prestadora de servicios públicos privada o mixta. Así, en el caso de marras está demostrado en autos que la accionada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. es una sociedad que constituida como una empresa prestadora de Servicios Públicos, tal como se deduce del certificado de existencia y representación legal (fls 230 a 259) y según se evidencia de los estatutos sociales aportados en CD de folio 113, su composición accionaria, está distribuida de la siguiente manera:

ACCIONISTA	ACCIONES	CAPITAL SUSCRITO	CAPITAL PAGADO
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ - EAAB ESP	14.880	14.880.000.000	14.880.000.000
MUNICIPIO LA MESA	100	100.000.000	100.000.000
EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ EEB SA ESP	10	10.000.000	10.000.000
COLVATEL SA ESP	5	5.000.000	5.000.000
METROVIVIENDA	5	5.000.000	5.000.000
TOTAL	15.000	15.000.000.000	15.000.000.000

En tal sentido, se evidencia que se trata de una Empresa de Servicios Públicos Mixta, pues según las disposiciones contenidas en el numeral 14.6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, este tipo de sociedades corresponde a «aquella[s] en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%».

Establecido lo anterior, se tiene que según el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley; de tal modo que, resulta claro que en este caso que no es posible la aplicación de normas propias del régimen de los trabajadores oficiales y tenerse como tal al demandante. Tal entendimiento es el que de antaño le ha dado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en la sentencia CSJ SL, 4 oct. 2006, rad. 28456 y se reiteró entre otras en la CSJ SL9303-2015, respecto a lo siguiente:

«En efecto, se entiende que lo que realmente establece la Ley 142 de 1994, es que sólo en aquellas empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se conviertan en sociedades por acciones, y su carácter sea mixto (participación de la Nación mayor o igual al 50% pero inferior al 100%), o privado (participación de la Nación inferior al 50%), sus servidores son trabajadores particulares. (Negrillas y subrayado fuera del texto)»

Argumento éste que resulta suficiente para descartar lo mencionado por el recurrente, en tanto y en cuanto, sostiene que por la aplicación del parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 debe tenerse dicha entidad como una EICE. Sumado a ello, no es posible acceder a tal pedimento, porque lo que indica tal disposición es que «Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado», lo cual desde luego no es lo que ocurre con la entidad aquí demandada, máxime cuando el mismo parágrafo precisa que «En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley».

De igual modo, es menester recordar lo que indicó la Alta Corporación en la sentencia CSJ SL4766 de 2020, en la cual reiteró que una empresa de servicios públicos mixta, «en los precisos términos del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 corresponde a un organismo que desarrolla sus actividades «conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley»; excepciones que en el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos no se presentan. (Subrayado de la Sala).

Lo anotado como quiera que expresamente en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, se dispone que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos se rigen por las normas del derecho privado, con lo que se descarta que sus trabajadores puedan exhibir la calidad de trabajadores oficiales.

menos en los eventos en que de acuerdo a la naturaleza de la entidad corresponda a una empresa prestadora de servicios públicos mixta, como era el caso de la accionada». (Subrayado y negrillas ajenas al texto original).

En ese sentido se confirmará lo decidido por el a quo en este puntual aspecto.

NIVELACIÓN SALARIAL

El artículo 143 del C.S.T. establece el principio legal de «A trabajo de igual valor, salario igual», y contempla que, al trabajo desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, debe corresponder salario igual.

Al respecto, resalta precisar que es reciente la modificación legislativa del precepto acabado de citar, en efecto el artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo en su redacción inicial había dado lugar para que la jurisprudencia de la Corte Constitucional indicara, con apoyo en el principio de auto responsabilidad probatoria, elevado a canon legal en el artículo 167 del Código General del Proceso, que correspondía al trabajador demostrar el parangón a partir del cual se infiriera el trato desigual, y sólo cuando ello se satisfacía, se trasladaba la carga de la prueba al empleador respecto del trato diferenciado. Basta con remitirse a la Sentencia T-079 del 28 de febrero de 1995.

Con la entrada en vigencia del artículo 7º de la Ley 1496 de 2011, desde el 29 de diciembre de 2011, se implantó una ventaja probatoria a favor del trabajador, en tanto, de plano, se presumirá injustificado todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Por ende, la ventaja probatoria que refulgió ulteriormente con su expedición, obliga al juzgador, cuando se denuncia la violación del aforismo «A trabajo igual, salario igual», a que aplique la presunción y con ella es obligación procesal del empleador acreditar en el juicio los elementos objetivos, vale decir evidentes por lo acreditados, que justifiquen el salario diferenciado, en orden a desterrar el conculcamiento del derecho fundamental a la igualdad de trato consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta percepción, es consecuente con la expuesta por la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-833 de 2012, al señalar:

«El principio a trabajo igual, salario igual, responde entonces a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Se insiste entonces en que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la

inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable, que justifique la diferenciación».

Esta presunción de discriminación que se implementó en el sistema jurídico colombiano con la entrada en vigencia del artículo 7º de la Ley 1496 de 2011, no desconoce la Jurisprudencia que de antaño ha mantenido la H. Corte Suprema de Justicia, que, en la sentencia del 19 de mayo de 2005, expediente: 24312, sostuvo:

«El criterio que ha mantenido la Corte, es precisamente el de que para determinar si en efecto se produce la violación del principio contenido en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, necesariamente debe examinarse si la diferencia salarial existente obedece a razones meramente objetivas, o si, por el contrario, constituye un trato discriminatorio motivado eventualmente en circunstancias subjetivas por parte del empleador.

De modo que por no ser de aplicación automática el precepto “a trabajo igual salario igual”, es que debe determinarse en cada caso particular y concreto, si los cargos con funciones idénticas, son desempeñados por trabajadores que se encuentran en un mismo plano de igualdad en cuanto a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta, es decir, su antigüedad, así como su nivel profesional o académico, entre otras».

Teoría que es reiterada en sentencia del 3 de agosto de 2007, expediente: 29468, de la misma Corporación, así:

«Es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral».

Y ya en otra oportunidad, en Sentencia del 10 de octubre de 1980 puntualizó:

«De otra parte la igualdad en condiciones de eficiencia, que le permite a un trabajador realizar una labor de igual valor a la que otro realiza, debe ser apreciada objetivamente, aunque no sólo en cuanto al rendimiento físico, pues no se trata de remuneración por rendimiento. Debe configurarse también trabajos de igual valor frente a aspectos de tanta importancia como la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad al equipo, al material, al trabajo y seguridad de los compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones».

El amparo al trabajador que es objeto de discriminación salarial por factores subjetivos o discrecionales por parte del empleador en virtud del principio tuitivo de la jurisdicción dada la posición débil de trabajador en la relación contractual laboral, se ha mantenido invariable en la doctrina de la CSJ SL 17462 de 2014, en la que se puntualiza... «Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá

injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato».

Atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, se tiene que en el proceso no es objeto de discusión en esta instancia, como ya se dijo, la existencia del contrato de trabajo entre demandante y demandada, así como el cargo que ocupó de SUPERVISOR DE MANTENIMIENTO, que el salario devengado correspondía a la suma de \$2.859.533 (folios 217 a 220). Ahora, como único parámetro de comparación se aportó al proceso el comprobante de nómina del señor JEISON ARTURO MORENO SALAMANCA (fl. 99), quien ocupa el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN MANTENIMIENTO y percibía como salario mensual la suma de \$4.500.000.

Vale decir que el mencionado documento, fue el único medio de prueba tendiente a acreditar la presunta discriminación salarial, circunstancia por la cual, estima la Sala que en el presente caso, ni siquiera puede vislumbrarse ni la igualdad de cargo del demandante con el señor Moreno Salamanca, pues no quedó demostrado el puesto de trabajo igual, ni mucho menos la igualdad de funciones, entre estos, de modo que es claro que existió una situación objetiva que da al traste con las pretensiones invocadas por la parte actora, por lo cual se confirmará lo decidido en este sentido.

REINTEGRO O REAJUSTE DE INDEMNIZACIÓN

Ahora bien, recordemos que el artículo 64 del CST dispone que «en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato...».

En el caso de marras, como ya se explicó, el contrato de trabajo fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador (fl. 95, 218), de igual modo, se le canceló la respectiva indemnización en los términos legales antes explicados (fl. 220). Ahora bien, la parte actora pretende el reintegro con el respectivo pago de salarios y prestaciones que del mismo se desprende, sin embargo, de ese contexto normativo, de entrada, se avizora que no tiene vocación de prosperar tal pedimento, pues no se acredita en el plenario circunstancia alguna en la que se puede predicar la ineficacia del despido, que generalmente se configura por no cumplir ciertas exigencias legales al momento de efectuarlo, como sería el caso de desconocer el fuero sindical o circunstancial, la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, o de personas en estado de discapacidad, y el fuero de acoso laboral, entre otros, en cuyo caso habría lugar a dejar sin efectos la terminación del contrato de trabajo, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, como si el vínculo nunca se hubiere extinguido.

Debe recordarse que, tanto la Sala de Casación Laboral como la Corte Constitucional han considerado que la potestad del empleador de finalizar de manera unilateral y sin justa causa el contrato laboral, prevista en el artículo 64 del CST, constituye un ejercicio legítimo que no riñe con las disposiciones superiores, siendo una de las manifestaciones más palpables del poder subordinante que le conceden las normas jurídicas, siempre y cuando, se ejerza en un marco de respeto por los derechos fundamentales y en ningún caso con desconocimiento grave de tales garantías bajo el pretexto de la autonomía contractual.

Ahora bien, en lo que refiere al reajuste de la indemnización pagada, es claro que tampoco tiene vocación de prosperar, en tanto y en cuanto, el contrato de trabajo por obra o labor contratado que unió a las partes, estaba atado al Convenio Interadministrativo 1.7-10200-809-2012 PROYECTO ASEO el cual culminó el 15 de enero de 2018, tal como se observa de la modificación al mismo obrante a folios 224 y 225, de ahí que la indemnización otorgada se sujetó a ese plazo en que terminaba la obra para la cual fue contratado, con independencia de que a futuro se hayan o no efectuado otras prórrogas.

Así las cosas, al haberse agotado todos y cada uno de los puntos de apelación propuestos, se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

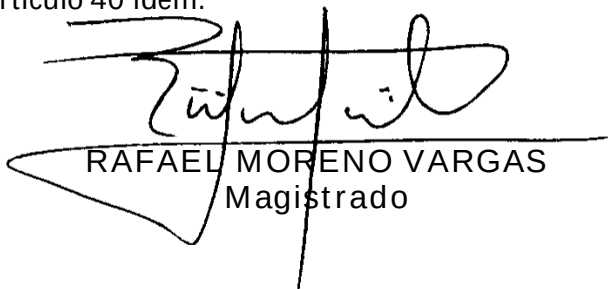
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

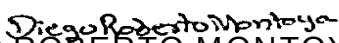
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NESTOR RAÚL RODRÍGUEZ CHITIVA contra JOSÉ NOEL RAMÍREZ CASTAÑO Rad. 110013105-031-2020-00014-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 9 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor NESTOR RAÚL RODRÍGUEZ CHITIVA a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de JOSÉ NOEL RAMÍREZ CASTAÑO como propietario del establecimiento de comercio CLUB DE BILLARES MIXTO EL DEPORTISTA, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 16 de enero de 2006, hasta el 25 de septiembre de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene al demandado a la nivelación salarial a partir del año 2014, y a la liquidación de las obligaciones laborales surgidas del anterior contrato; igualmente se le condene al pago de horas extras diurnas, nocturnas y festivos, descansos compensatorios, cesantías, primas de servicio, vacaciones, aportes a

pensión e indemnización contemplada en el artículo 65 del C.S.T. Finalmente, solicitó se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que fue contratado por el señor JOSÉ NOEL RAMÍREZ CASTAÑO el 16 de enero de 2006, de manera verbal, para trabajar en el establecimiento de comercio CLUB DE BILLARES MIXTO EL DEPORTISTA, cumpliendo turnos de 24 horas y 96 horas en festivos y domingo. Que las funciones que cumplía eran las de atención al público, pago de nómina, consignación de dineros en cuentas del demandado y pago a proveedores, devengando un salario de \$604.000. Que el señor JOSÉ NOEL RAMÍREZ CASTAÑO cambió la destinación del bien inmueble en el que funcionaba el establecimiento de comercio CLUB DE BILLARES EL DEPORTISTA, terminando con la fuente de empleo el actor, el 25 de septiembre de 2019. Adujo que el demandado nunca realizó los pagos correspondientes a prestaciones sociales, vacaciones ni a seguridad social, y que durante la relación laboral, se afilió de su propio peculio a la EPS SALUDTOTAL (fls. 2-7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial, el Señor JOSE NOEL RAMÍREZ CASTAÑO, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Fundamentó su oposición al señalar que el demandante no prestó sus servicios en los términos descritos en la demanda, ya que el administrador del establecimiento era el Señor NORBERTO RAMÍREZ CASTAÑO, quien es su hermano; además agregó que por Ley ningún establecimiento que se dedique a las actividades de azar puede operar las 24 horas del día, ya que su horario está establecido de 10:00 a.m. a 3:00 a.m. del día siguiente. Propuso como excepciones «cobro de lo no debido», «inexistencia de la obligación» «prescripción» y «buena fe» (Expediente digital: 008. CONTESTACIÓN, fls. 46).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 09 de febrero de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, por el periodo comprendido entre el 05 de agosto de 2009 y hasta el 01 de junio de 2019; en consecuencia, condenó al demandado al reconocimiento y pago de la suma de \$385.465 por concepto de cesantías, \$19.2173 por concepto de intereses a las cesantías, \$385.465 por prima de servicios, \$172.524 por vacaciones. En cuanto a la sanción moratoria, condenó al

demandado al pago de \$27.603 pesos diarios, a partir del día 02 de junio de 2019 y hasta que se verifique el pago total de la obligación; asimismo, condenó al pago de los aportes al Sistema de seguridad social integral en pensiones, desde el 05 de agosto de 2009 y hasta el 01 de junio de 2019, aportes que deberán hacerse mediante el pago del cálculo actuarial, liquidado a satisfacción de COLPENSIONES. Finalmente, condenó al demandado al pago de costas y agencias en derecho por la suma de medio SMLMV.

Para el caso en concreto y conforme a las pruebas allegadas al proceso, el Juzgado de instancia, adujo que en el interrogatorio de parte hecho al demandado, este negó toda relación laboral con el demandante; sin embargo, al analizar la historia laboral de semanas cotizadas del demandante, se pudo dilucidar que el señor José Noé Ramírez Castaño, se encuentra como empleador y que realizó cotizaciones a favor del demandante, en el año 2001 durante varios periodos y algunos periodos del año 2002, por lo que considero que no es cierto lo señalado por el demandado bajo la gravedad de juramento, en cuanto a que el señor Néstor Rodríguez nunca trabajó con él, considerando que fue evidente que mintió, pues no confesó la existencia de un contrato de trabajo.

Conforme a los testimonios, resultó claro para el Juzgado, que la parte demandante probó la prestación del servicio; empero, esta relación no tuvo probados los extremos en que se prestó el servicio; para ello, señaló que la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral indicó que, no se requiere prueba de los extremos laborados, por lo que el juzgador debe formular condena si de las pruebas allegadas se puede inferir válidamente un extremo de la fecha inicial y final. A su vez, adujo que la Constitución Política Colombiana brinda primacía al principio de realidad frente a la forma, el cual es orientador de las relaciones laborales; por lo cual, si bien quedó demostrada la relación laboral, no pudo desconocerse que conforme a la documental allegada, el establecimiento comercial fue registrado el 05 de agosto de 2009, por lo que consideró que no podía aducirse que la relación laboral inició con anterioridad a la fecha citada, pues no fue una única relación laboral entre las partes, ello se acreditó con la prueba aportada correspondiente a la historia laboral de Colpensiones donde aparecieron cotizaciones del año 2001 y 2002, en donde el demandado funge como empleador y fue hasta junio del año 2009 que comenzó a operar el establecimiento. Por lo anterior, señaló que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre las partes y por el periodo comprendido entre el 05 de agosto de 2009 al 01 de junio de 2019.

En cuanto a la alusión que realizó el apoderado judicial de la parte demandante respecto de que al actor nunca se le consignaron prestaciones sociales, indicó que dentro del interrogatorio rendido por el mismo actor, declaró que a fin de año su empleador le pagaba una especie de liquidación donde le consignaba cesantías, vacaciones, primas y lo relacionado con la ley; así mismo, la testigo ex esposa del actor narró que al señor Néstor Rodríguez, sí le pagaron liquidaciones por lo que él mismo le contó; no obstante, dijo que no se mencionó nada sobre las prestaciones sociales correspondientes al año 2019 ni existió prueba alguna de su pago; por ello, condenó a la demandada al reconocimiento a favor del demandante, por concepto de cesantías del año 2019, la suma de \$385.465, intereses a las cesantías del año 2019, por un valor de \$19.273, prima de servicios, \$385.465, vacaciones \$172.524.

Manifestó que, tampoco se pagaron los aportes al Sistema de seguridad social integral durante el término de la vigencia de la relación laboral, y que tras haber analizado la semanas cotizadas, advirtió que el demandado pagó aportes al Sistema de seguridad social integral y a favor del demandante durante los años 2001 y 2002; no obstante, el periodo a que se hizo alusión, fue el concerniente al 05 de agosto de 2009 hasta 01 de junio de 2019; razón por la cual, la parte demandada estará obligada a reconocer y pagar los aportes al Sistema de seguridad social integral, pensiones, a Colpensiones, por este periodo y para tal efecto deberá pagar el correspondiente cálculo actuarial, liquidado a satisfacción de Colpensiones, sobre la base del SMLMV. En cuanto a la solicitud del demandante para que se le cancele la reliquidación salarial o la nivelación salarial y teniendo en cuenta su jornada laboral; indicó que para la procedencia de una condena por el pago de horas extras, dominicales y festivos, el actor debió acreditar de manera precisa el horario realmente cumplido por el trabajador y en el presente caso ninguna de las partes pudo hacer tal aseveración ni probarlo en debida forma, por lo que no hubo lugar a la condena por tal reliquidación pues tampoco probó que devengó menos de un SMLMV.

Por último, indicó en cuanto a la indemnización moratoria y al encontrar sin validez el actuar omisivo del demandado, imponer la condena por sanción moratoria, por un monto de \$27.603 pesos diarios, a partir del día 02 de junio de 2019 y hasta que se verifique el pago total de la obligación, es decir, hasta el pago de las cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones; igualmente, la parte demandada fue condenada al pago de costas del proceso.

APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, pues consideró que quien alega tener un derecho debe probarlo y quien lo concede debe estar plenamente convencido de que los requisitos estén probados, no existiendo duda alguna de que está soportado y debidamente probado; señaló que el demandante no probó los hechos que alegó, por el contrario este reconoció haber trabajado para otro establecimiento y durante los años 2006 al 2019; señaló que la Jueza presumió que el actor laboró todos los días del año, cuando el señor Néstor Rodríguez durante la demanda indicó haber laborado por turnos al mes y lo presumió conforme a lo indicado por los testigos que iban esporádicamente al establecimiento, pues la testigo esposa del demandante señaló que iba una vez al mes al establecimiento y el señor de Coca Cola dijo que iba 2 veces por semana, lo cual no prueba una continuidad del servicio. Aunado a lo anterior, señaló que los testigos fueron contradictorios lo que indica que la juez resolvió el proceso bajo presunciones y conjeturas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes no presentaron alegatos de conclusión y guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si en el presente proceso existió una relación laboral entre NESTOR RAÚL RODRÍGUEZ CHITIVA y JOSÉ NOEL RAMÍREZ CASTAÑO. En caso afirmativo, establecer los extremos temporales del mismo.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante

remuneración. A su vez, el artículo 23 ibidem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son: la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales «carga procesal de quien demanda pues sin ello es imposible liquidar cualquier acreencia que de ella pueda surgir (artículo 167 CGP)», le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- TESTIMONIO CARMEN CASTILLO HERRERA: Esta testigo señaló que fue la esposa del demandante hasta el año 2015. Indicó que iba una vez al mes al Billar, para recoger la manutención de la hija en común que tiene con el actor; que iba alrededor de una hora, y que esto era a principios o a finales de mes; señaló que el actor le comentaba que le pagaban liquidación de prestaciones sociales al finalizar el año. En cuanto al señor JOSÉ NORBERTO RAMÍRE CASTAÑO: señaló que lo vio pocas veces en el establecimiento.
- TESTIMONIO HECTOR MEZA: Conoce al demandante porque era repartidor de gaseosas POSTOBÓN desde el año 2006 a 2009, y que posteriormente tuvo su propia bodega, pero que siguió frecuentando el Billar dos veces por semana. Que sabía que el actor se dedicaba a limpiar mesas, a cobrar dinero, a brillar las bolas, y que era él quien pagaba las cajas

de POSTOBÓN, pero que si no estaba le dejaba el dinero, en principio dijo que con un señor y luego dijo que con una señora. Dijo igualmente, que hasta el año 2010 fue entregador, lo que generó confusión en el testimonio ya que se refirió a varios hechos los cuales eran modificados posteriormente.

- TESTIMONIO JOSE NORBERTO RAMÍREZ CASTAÑO: Es el hermano del demandado. Señaló que conoce al actor porque le colaboró en el billar hace mucho tiempo ayudando en las mesas. Afirmó que fue el administrador del billar El Deportista, desde agosto de 2006 al año 2019, cuando dejó de funcionar ya que había llegado un D1. Afirmó que en el establecimiento trabajaba él y una muchacha, de la cual no recordó el nombre, ya que dijo que fueron varias muchachas las que atendieron las mesas, sin embargo, no recordó el nombre de ninguna de ellas. Agregó que el fue el único administrador del negocio, que entre sus labores estaban las de hacer pedidos, atender las mesas, registrar las ventas en un cuaderno destinado para ello, entre otras. Al preguntársele por el lugar donde funcionada el Billar, dijo que era en la Calle 13 #23-56, que tenía 560 mts cuadrados, contaba con 28 mesas de billar, de los que eran 9 billares grandes, 5 pooles y 14 sencillas y que la gaseosa la surtía postobón.
- TESTIMONIO RICARDO BELTRÁN ACUÑA: Conoce al demandado porque es su cuñado, no conoce al demandante. Señaló que es jugador de billar y que asistía al negocio desde que inició en 2009, que lo recuerda porque ese año le celebraron el cumpleaños allá; que el negocio era atendido por el Señor NORBERTO, quien se dedicaba a recibir pagos, limpiar mesas, daba órdenes a la muchacha que le colaboraba, le entregaba lo que debía llevar a las mesas y recibía y pagaba la gaseosa. Que el establecimiento cerró en el año 2019 a mitad de año, y que lo supo porque fue a jugar y ya no había servicio.

Igualmente, se recibió interrogatorio de parte al demandado JOSÉ NOEL RAMÍREZ CASTAÑO, quien afirmó que el billar El Deportista era de su propiedad pero que quien lo administraba era su hermano JOSÉ NORBERTO RAMÍREZ CASTAÑO, ya que el no frecuentaba mucho el lugar. En cuanto al demandante, dijo que lo distinguía como un jugador de Billar hace más de 10 años, pero que nunca trabajó para él, y además que desconoce si prestó sus servicios a su hermano. Agregó que no era el encargado de contratar empleados, puesto lo hacía su hermano, y el a su vez le pagaba por la administración del negocio.

Por su parte, el demandante NESTOR RAÚL RODRÍGUEZ CHITIVA, en su declaración dijo que tuvo varios vínculos laborales con el demandado, desde el año 1995, primero en el Billar de nombre La Academia, que quedaba en la calle 12 con 6ta, y posteriormente de 2006 a 2019, en la calle 13 con 23, donde estuvo alrededor de 13 años y medio. Manifestó que devengaba el salario mínimo, pero que desde que este había quedado en la suma de \$604.000 no incrementó más. Agregó que le fueron cancelados cesantías, vacaciones, primas y todo aquello relacionado por ley, y que para esto los llamaban entre el 19 y 22 de diciembre para que fueran a recibir. Adujo que el sueldo se lo pagaba el mismo, ya que al entregar lo producido se descontaba lo que le correspondía y lo escribía en el ítem de "GASTOS". En lo que tiene que ver con JOSÉ NORBERTO RAMÍREZ CASTAÑO, dijo que este solo iba en la madrugada y en la mañana temprano a verificar las planillas y a verificar quien estaba de turno ese día. Afirmó que trabajaba 24 horas ya que debía quedarse a dormir para vigilar el lugar, hasta las 7 am cuando llegaba el personal de aseo. Concluyó que en el billar trabajaban 7 personas, y que había una muchacha más que llegaba a partir del miércoles a las 3 pm.

De la misma manera, fueron allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Planillas de pagos y recaudos diarios del establecimiento del comercio CLUB DE BILLARES EL DEPORTISTA (fls. 10-25).
- Historia Laboral del demandante (Expediente digital: Archivo 021-RESPUESTA REQUERIMIENTO)

En síntesis, de conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que no se acreditó la existencia de una relación laboral entre las partes, máxime cuando no operó la presunción del artículo 24 del CST, en favor del actor, toda vez que no podría establecerse con certeza la prestación personal del servicio del actor, solo con las declaraciones realizadas por la ex esposa del actor Señora CARMEN CASTILLO CARRERA, ya que esta solo acudía al establecimiento una vez al mes y no se tardaba en el lugar más de 1 hora; asimismo, en lo que tiene que ver con la declaración del señor HECTOR MESA, el cual fue contradictorio y bastante confuso, y de lo cual quedó evidencia en la audiencia realizada el 7 de diciembre de 2020, cuando la Juez de instancia lo requirió a fin de esclarecer su dicho, ya que sus respuestas cambiaban conforme avanzaba la declaración.

Ahora bien, debe recordarse que la aludida presunción legal otorga tan sólo una ventaja probatoria al trabajador, pero en ningún momento lo exonera de manera absoluta de la carga de probar los hechos en que funda sus pretensiones, pues en todo caso le corresponde acreditar además de la prestación personal del servicio, todas las demás circunstancias que rodearon la relación laboral, tales como, el salario, la jornada de trabajo, el hecho de despido, y como se debate en este juicio, en particular los extremos temporales que se ejecutó el contrato de trabajo, tal como lo señaló recientemente la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL2608-2019, en la que recordó:

«[...] no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

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

A efectos de lo anterior, los testimonios recaudados no logran precisar con claridad la prestación personal del servicio del acto, en favor del demandado, pues se trató de declaraciones de personas que acudían esporádicamente al establecimiento, más no se trató de personas que de manera presencial pudieran determinar la existencia de un vínculo laboral entre las partes, y ni siquiera someramente percibir la prestación personal del servicio por parte de NESTOR RAÚL RODRÍGUEZ CHITIVA. Ahora bien, de la historia laboral del demandante, se pudo demostrar que en efecto este laboró para el demandado para los años 2001 y

2002; sin embargo, no se trata de una documental que pudiera probar la prestación personal del servicio del trabajador y mucho menos un contrato de trabajo, ya que no solo se trata de fechas distintas a las aquí solicitadas, sino que dicha historia laboral por sí sola no tiene la entidad para demostrar lo que aquí se discute.

Ahora bien, de los testimonios escuchados, se pudo establecer que en efecto, era el hermano del demandante JOSE NORBERTO RAMÍREZ CASTAÑO, quien en algunas ocasiones solicitó los servicios del actor, y que de hecho era él quien le pagaba por los turnos cumplidos, lo anterior, sin que pudiera establecerse que lo hiciera por orden del demandado, pues este indicó en su interrogatorio que quien se encargaba de las contrataciones y de escoger le personal que trabajaba en el billar, era el Señor JOSÉ NORBERTO RAMÍREZ CASTAÑO.

Es claro, que en aplicación de los principios generales que regulan la actividad probatoria, es menester que quien afirma un hecho le corresponde la carga de probarlo a través de los mecanismos consagrados como idóneos por la ley para tal efecto, so pena de infringir el principio ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI e impedir como consecuencia de dicha infracción que las resultas del fallo pudieran resultarle favorables. Así entonces, la ausencia de material probatorio le indica a la Sala que el actor no probó suficientemente el hecho en que basó su acusación, por lo que sus pretensiones al respecto no pueden ser acogidas.

Al respecto ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia en Casación del 31 de Mayo de 1947 (“G. del T.”, T. II, Pág. 156), como jurisprudencia admitida y reiterada lo siguiente:

“Sabido es que en materia probatoria es principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas, ha sido tenida como conforme con la razón y con los demás elementos dictados de la justicia. Siendo que la prueba es el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.”

Y en Sentencia del 17 de Marzo de 1.951 (“G. del T.”, t. IV, Pág. 144, se expresa:

“El principio que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien

alega aquéllas o éstas tiene validez general en el Derecho Laboral Colombiano, que ha creado un conjunto de reglas para facilitar ciertamente la demostración en juicio de los hechos debatidos, inspirándose al efecto en los principios propios de esta nueva disciplina jurídica, pero sin que los juzgadores puedan producir decisiones en conciencia. Por esto ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el nuevo derecho no implica relevo de pruebas, es tanto más valedera cuanto que existe un Código Procesal del Trabajo que regula la manera de hacer valer en juicio los medios legales de pruebas y del sistema probatorio que rige esta clase de litigios, lo cual justifica la producción de los fallos conforme a las reglas de derecho establecidas y no en conciencia”.

“Hay prestaciones que pueden librarse judicialmente en condiciones sumamente ventajosas para el trabajador, desde el punto de vista de la carga probatoria, porque sólo requieren la demostración de la existencia del contrato de trabajo con sus modalidades de tiempo servido y salario devengado y la de su terminación para que proceda el reconocimiento de los derechos que surgen de aquellos solos hechos, tales como los de cesantía y vacaciones disfrutadas”.

Por lo expuesto, y atendiendo al precedente hilado por el órgano de cierre, claro es, que correspondía a la parte actora la demostración de la prestación personal del servicio y de los hitos temporales alegados, lo cual brilla por su ausencia e imposibilita al juez laboral realizar declaratorias y fustigar condenas sobre elucubraciones y con fundamento en meras especulaciones teóricas; siendo estos motivos más que suficientes para revocar la decisión adoptada en primera instancia al no encontrarse acertada. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, para en su lugar ABSOLVER al demandado JOSÉ NOEL RAMÍREZ CASTAÑO de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante NESTOR RAÚL RODRÍGUEZ CHITIVA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

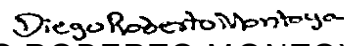
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de URIEL BARRERO MONTEALEGRE
contra SOCIEDADES SOLUCIONES H2O SAS Y CARLOS SANCHEZ
RODRIGUEZ Rad. 110013105-015-2018-00256-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 19 de enero de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el art. 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

El señor URIEL BARRERO MONTEALEGRE, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra SOCIEDADE SOLUCIONES H2O SAS del señor CARLOS SANCHEZ RODRIGUEZ, a fin de que se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, durante el periodo del 01 de marzo de 2013 y hasta el 08 de agosto de 2015, el cual finalizó de forma unilateral e imputable al empleador; que se declare responsable de las condenas impuestas al señor CARLOS SANCHEZ RODRIGUEZ, en su calidad de propietario y representante legal del establecimiento de comercio la SOCIEDAD SOLUCIONES H2O S.A.S., y solidariamente como persona natural; en consecuencia, se le debe pagar cualquier emolumento derivado de la relación laboral y las indemnizaciones teniendo como asignación básica mensual la suma de \$1.500.000 y las horas extras promedio mensual. Igualmente, se condene a compensar en dinero las vacaciones causadas durante la relación laboral, las primas y cesantías, la indemnización moratoria, la

indemnización por despido sin justa causa, la indemnización de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990, las costas procesales y a lo que resulte probado en aplicación de los principios extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que celebró contrato de trabajo a término indefinido con el señor CARLOS SANCHEZ RODRIGUEZ, en calidad de propietario y representante de la sociedad, SOCIEDADES SOLUCIONES H2O SAS, a partir del 01 de marzo de 2013 y hasta el 08 de agosto de 2015, fecha en la cual fue despedido sin justa causa por el demandado; manifestó haber desempeñado varias funciones como mercadeo, elaboración de cotizaciones, atención a clientes, firma de certificados, labores de mensajería, entrega de facturas y reclamo de cheques; conductor de transporte de equipos y los técnicos para hacer el servicio; también, hacía lavado de tanques y supervisión en los servicios de mantenimiento a los equipos electro hidráulicos. El último salario mensual devengado fue de \$1.500.000, su horario de trabajo era de lunes a viernes de 8:00am a 8:00pm y los sábados de 8:00am a 5:00 o 6:00pm; y que para su despido sin justa causa, no le cancelaron las correspondientes prestaciones sociales sin ninguna justificación; por ende, con el fin de resolver el asunto, el 25 de febrero de 2016 se le envió al señor CARLOS SANCHEZ RODRIGUEZ, empleador directo citación de la inspectora de trabajo; no obstante no asistió a la misma (fls. 3 a 13, 20 a 34).

CONTESTACION DE DEMANDA

Los demandados SOCIEDADES SOLUCIONES H2O SAS., y el señor CARLOS SANCHEZ RODRIGUEZ contestaron la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, para ello argumentaron que entre el actor y la demandada se realizó un contrato laboral a término fijo de un año, para que prestara sus servicios personales en el cargo de auxiliar de mantenimiento a partir del 16 de abril de 2013 y hasta el 16 de abril de 2014, con una asignación salarial de \$589.500. Que, a la fecha de terminación de la relación laboral, al demandante le fue pagada su liquidación de prestaciones sociales por un valor de \$1.332.443. Posteriormente, se fijó nuevo contrato laboral a término fijo, desde el 20 de mayo de 2014 y hasta el 20 de mayo de 2015 para que el accionante prestara sus servicios personales en el cargo de conductor-mensajero, con un salario de \$616.000, aduciéndose que durante la vigencia del vínculo, el demandante solicitó un préstamo para descuento por nomina, por la suma de \$2.300.000, monto que le fue entregado el 12 de septiembre de 2014 cuya forma de pago se pactó en cuotas mensuales de \$184.400, a partir de octubre del 2014. Que en razón a que la vigencia del contrato laboral

finalizó, al demandante se le hizo pago de su liquidación de prestaciones sociales, mediante el descuento de los dineros adeudados al empleador, según autorización de descuento de nómina suscrita por el empleado el día 12 de septiembre de 2014. Posteriormente, se firmó nuevo contrato laboral entre las partes a término fijo desde el 20 de junio de 2015 y hasta el 20 de junio de 2016, para que el accionante prestara sus servicios personales en el cargo de conductor-mensajero, con un salario de \$644.350; sin embargo, el 06 de agosto de 2015 este contrato fue terminado por decisión unilateral del empleado. Finalmente, arguyó que el accionante de manera arbitraria e ilegal retuvo el vehículo que le había entregado la empresa como herramienta de trabajo, teniendo en cuenta que no lo retornó a las instalaciones de la empresa sino hasta finales del mes de octubre de 2015; razón por la cual, esta sociedad se abstuvo de hacerle el correspondiente pago de su liquidación hasta tanto no retornara el vehículo. Una vez verificado el retorno del automotor y que no tuviese daños en su estructura, motor y/o hubiese recibido comparendos o se hubiese utilizado con fines delictivos, se realizó su liquidación de prestaciones sociales por el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2015 y hasta 12 de febrero de 2016, liquidación que se consignó a la cuenta de ahorros cuyo titular es el demandante, por un valor de \$1.018.263 el 12 de febrero de 2016; por lo que, sostuvo, no le adeuda al demandante ninguna suma de dinero por ningún concepto. Propuso como excepciones «inexistencia de las obligaciones demandadas», «ausencia de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo», «cobro de lo no debido» y «prescripción de la acción de reclamación» (fls.69 a 74 y 76 a 82).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 19 de enero de 2021, absolvió a los demandados de las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, señaló en lo referente a la modalidad de trabajo que existió entre las partes y los extremos del mismo que, con la confesión que hizo la parte demandada en la contestación de la demanda y con la nula acreditación allegada por el accionante, evidenció la existencia de un contrato a término indefinido por el desconocimiento que hace el demandante frente algunos de los vínculos laborales, entre el 13 de abril de 2013 y el 20 de mayo de 2015, fecha del primer vínculo y de un segundo vínculo contractual laboral, a término fijo desarrollado desde el 20 de junio de 2015 hasta el 20 de junio de 2016; no obstante, el último trabajo previsto para terminar el 20 de junio de 2016, fue terminado el 06 de agosto de 2015. En cuanto a la remuneración, indicó el juzgador que el

demandante indicó haber ganado una suma correspondiente a \$1.500.000, lo cual no fue probado, de ahí que determinó como monto el SMLMV para cada uno de los periodos. Manifestó respecto de las pretensiones condenatorias que, el contrato a término indefinido terminó el 20 de mayo de 2015 y el contrato a término fijo empezó el 20 de junio de 2015, el demandante presentó la demanda el 09 de mayo de 2018, razón por la cual, cualquier derecho laboral derivado del contrato a término indefinido se encontraba permeado por el fenómeno prescriptivo; frente al último contrato a término definido, indicó que no estaba afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción. En ese orden, explicó respecto a las prestaciones y demás acreencias causadas por dicho contrato de trabajo que, los mismos fueron consignados a la cuenta del actor el 12 de febrero de 2016. Frente a la indemnización por no consignación de las cesantías, que no había sufrido el fenómeno de la prescripción, no había obligación de consignarlas sino de pagar directamente al trabajador, como en efecto lo hizo la accionada, por lo que no resultaba procedente consignar algún valor por este concepto. De otro lado, la indemnización moratoria de que trata el art. 65 CST, indicó que, si se produjo un retardo por parte de la empleadora en el reconocimiento de dichos derechos laborales, pues habiéndose terminado la relación, el 06 de agosto de 2015, estos montos no fueron consignados sino hasta el 12 de febrero de 2016. Pese lo anterior, alegó la parte accionada que dicho retardo se presentó por cuanto el demandante se llevó una camioneta y no la devolvió; empero, esta situación no es causal de justificación para la retención o el no pago de un derecho laboral, ni de una situación de buena fe, pues para ello, existen las acciones penales ajenas al ámbito laboral; incluso, la ley previó la posibilidad de que se consignen de forma condicionada una vez termine el vínculo bajo el juez laboral para que estas se decidan por la justicia penal y se determine si se pagan o no, pues el empleador no está facultado de tomarse la justicia por su propia mano y retener las acreencias laborales del trabajador. Por tanto, se acreditó la mala fe del empleador por la no consignación al momento de terminación de la relación laboral. Al respecto, indicó que la demanda fue radicada con posterioridad a los 24 meses de haber terminado el vínculo laboral, por lo que al demandante le asistió el derecho como indemnización moratoria al pago de los intereses a la tasa más alta de créditos de libre asignación, certificado por la Superintendencia Financiera. Sin embargo, frente al caso bajo estudio, los intereses se causaron desde el 06 de agosto de 2015 al 02 de febrero de 2016, fecha en la que se produjo su pago; no obstante, la liquidación que efectuó el demandado por un valor de \$238.322 frente a una liquidación efectuada por el Despacho por \$194.634, excluyendo las vacaciones pues no son salario ni prestaciones sino un descanso remunerado; estos intereses moratorios arrojaron una suma muy inferior al valor que se le canceló al

actor, pues siendo una liquidación \$194.634, desconocía el a quo la razón de la consignación por un valor de \$1.018.233, razón por la cual la indemnización ya estaba cancelada por un valor muy superior al correspondiente y absolvió a la demandada por esta pretensión. Finalmente, ante la indemnización por despido sin justa causa, expuso el juzgador no había prueba que acreditase lo narrado por el actor en torno a la desvinculación.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, verificando su modalidad; y si hay lugar o no, al pago de las prestaciones sociales, acreencias e indemnizaciones derivadas del mismo.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibidem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es,

probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Pues bien, para establecer la existencia del contrato invocado, al plenario se aportaron las siguientes pruebas:

INTERROGATORIO DE PARTE DEL DEMANDANTE: en el cual se indicó que le prestó sus servicios a la demandada desde marzo de 2013 hasta agosto de 2015, sin embargo, adujo no recordar haber suscrito algún contrato de trabajo, pues además de trabajador era socio de la empresa y sin recibir salario por algunos meses. Ante la exhibición de documentos allegados al plenario, como los contratos laborales donde consta su firma, así como la liquidación de prestaciones, indicó el actor que sí parecía ser su firma, pero no lo recuerda, indicando que el motivo por el cual no recuerda haber firmado dichos documentos es porque su firma estaba digitalizada para realizar procesos en la empresa demandada y desconoce si son su firma original o una copia digitalizada. Por otro lado, indicó al mostrársele copia de la consignación que hizo la demandada a su cuenta de ahorros que, desde la fecha en que se retiró de la empresa accionada no la revisa. Señaló el actor que el motivo de su retiro fue porque después de cierto tiempo, empezaron algunos conflictos y por uno en específico el señor Carlos le refirió que lo despedía tanto como empleado como socio y a los pocos días por la presión, decidió retirarse y en razón a su necesidad decidió interponer demanda en contra del señor Carlos. Reiteró que su función en la empresa era de socio y empleado y para el último periodo contratado la empresa le brindó dotación para el desempeño de su trabajo que incluía uniformes, teléfono y la camioneta del trabajo. Refirió que inicialmente su salario fue de \$1.500.000 y se le pagaba en efectivo, posteriormente se le consignó a una cuenta del Banco AV Villas; admitió que el 05 de agosto de 2015, fecha de su retiro no entregó la camioneta sino con posterioridad, mediante documento autenticado y con testigos; comentó que la camioneta la entregó después de su retiro porque la camioneta también era de su propiedad; que el motivo por el cual interpuso la reclamación hasta el año 2018 fue porque en principio no quería saber del propietario de la empresa, pero conociendo su derecho a ser indemnizado y a que se le pagaran sus acciones, lo citó a Conciliación sin obtener solución satisfactoria. Indicó ser cierto que solicitó préstamos a la empresa, el último por \$500.000, pero que le adicionaron sumas que no corresponden a la realidad. Mencionó que, dentro de los pagos de su liquidación, sus firmas son iguales, por lo que pudieron ser

tomadas de su firma escaneada; agregó que, no recordaba el descuento de nómina por un préstamo de \$2.300.000.

INTERROGATORIO DE PARTE A CARLOS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: en el cual señaló que no existió relación laboral con el señor Uriel, pues el vínculo laboral que existió fue con la empresa, que el tipo de contrato fue por un término fijo de un año, que sí le consignó la liquidación del último contrato, aclarando que no le fue pagada en efectivo porque de manera arbitraria se llevó la camioneta de la empresa por casi mes y medio.

TESTIMONIO DE LIZETH JOHANNA GIRALDO SANCHEZ, quien mencionó haber trabajado para la demandada, desde el 2013 al 2017 desempeñando el cargo de secretaria y durante este periodo indicó que el señor demandante tuvo un contrato laboral a término fijo, en el cual se le pagó todo, cesantías, sueldos, vacaciones por 15 días y sin quedarle adeudando nada en cada contrato adquirido; refirió conocer ello, ya que él firmó todas las liquidaciones con el pago de todo, así como los contratos. Por otra parte, señaló que entre las funciones que desempeñaba el señor Uriel era de conductor, informes, en la parte administrativa desempeñó algunas labores, servicios que prestó hasta agosto de 2015 cuando se llevó la camioneta; explicando además, el motivo por el cual el actor dejó de desempeñar sus servicios, fue porque junto con la testigo ejecutaban la limpieza del tanque y el demandante estaba realizando esta labor un fin de semana, cuando un técnico le comentó que al señor Carlos que al señor Uriel le habían pagado un servicio prestado, por lo que el señor Carlos instó al actor para que le comentara el hecho, por lo que el señor Uriel se enojó, se fue con el vehículo y no volvió al trabajo, sin tener conocimiento de cuando devolvió el automóvil ni de la fecha en que la empresa le pagó su liquidación. Por otro lado, refirió que el señor Uriel Barrero devengaba el mínimo legal para cada año y que, al finalizar los contratos en fin de año, se les pagaba a los empleados la liquidación.

El testigo HUGO CARLOS DAZA, explicó que laboró para la demandada hasta noviembre de 2011 como contador y tuvo conocimiento que el accionante le prestó sus servicios a la sociedad a raíz de los registros contables, a partir de 2013 hasta el 2015 o 2016, siendo socio y empleado, sin conocer la naturaleza de trabajo que vinculaba a las partes, pero si los pagos periódicos por prestaciones sociales, salarios mensuales por un poco más de un salario mínimo legal para la época y los pagos a seguridad social; al señor Uriel si le hicieron la última liquidación cuando él se retiró; empero, no conoce el medio por el que se entregaron los dineros. Por otro

lado, refirió haberse enterado que el actor dejó de asistir al empleo sin pasar alguna carta. De otro lado, el apoderado judicial de la parte accionada expuso su interrogatorio, por lo que el testigo narró que las liquidaciones a los empleados se hacen dependiendo del contrato que tengan, si es a término fijo se hacen con fecha de cierre al 31 de diciembre del año y específicamente al señor Uriel se le realizó la última liquidación junto con el pago de las prestaciones sociales en su debida oportunidad. Finalmente indicó que su labor como contador a la sociedad va desde 2012 hasta la fecha.

Finalmente, la señora IDALI MELO MORALES, explicó ser cuñada del demandante, por lo que fue tachada de sospecha por la accionada. Refirió que el señor Uriel no fue empleado sino socio de la sociedad y el señor Carlos iba a la casa del actor para hacer las reuniones de la empresa. Refirió que el señor Uriel salía temprano de su casa hacia la sociedad y que él en una ocasión le comentó que le pagaban un sueldo; no obstante, en una ocasión el señor Uriel le expuso que el señor Carlos lo había despedido. Frente a la tacha propuesta, considera la Sala no tiene vocación de prosperar en la medida que si bien hay cierta familiaridad con el actor, lo cierto es que de lo dicho no se observa parcialidad en su favor, de ahí que se valorará su dicho.

Como pruebas documentales, se aportó copia de contrato a término fijo inferior a un año, el cual indica como fecha de inicio 16 de abril de 2013 y vencimiento 16 de abril de 2014, en el cargo de Auxiliar de Mantenimiento y un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente (fl. 84-86), la liquidación de dicho contrato (fl. 87); copia de contrato individual de trabajo a término fijo a un año con fecha de inicio 20 de mayo de 2014 y vencimiento 20 de mayo de 2015, en el cargo de Conductor-Mensajero y un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente (fl. 88-90), así como la liquidación de ese contrato (fl. 91); y finalmente copia del contrato de trabajo a término fijo a un año, con fecha iniciación 20 de junio de 2015 y finalización 20 de junio de 2016, para el cargo de Conductor-Mensajero y un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente (fl. 92-94), así como la liquidación de ese contrato el cual da cuenta que la finalización del mismo fue anticipada, el 06 de agosto de 2015 (95), arrojando como valor de liquidación la suma de \$238.322. Asimismo, se aportó comprobante de consignación bancaria en favor del demandante por la suma de \$1.018.263, con fecha 12 de febrero de 2016 (fl. 96). Finalmente, autorización por descuento de nómina a favor de Soluciones H2O suscrita por el demandante en calidad de trabajador (fl. 97).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado y no es objeto de controversia que el demandante efectivamente prestó su servicios personales a favor de la sociedad demandada SOLUCIONES H2O S.A.S., tal como se ratifica con las pruebas arrojadas a los autos, en especial el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, los testimonios rendidos, así como los distintos contratos de trabajo aportados. Por ello resulta evidente que tanto la prestación personal del servicio, como la misma relación laboral se encuentran acreditados, empero se evidencia controversia en torno a la modalidad contractual, el salario y los extremos, por tal motivo, la Sala pasará a estudiar a continuación estos puntuales aspectos y si se adeudan acreencias laborales.

Al efecto, el actor pretende la existencia de un solo contrato de trabajo a término indefinido, sin embargo, ha de indicarse en primer lugar, que la duración del contrato, es un presupuesto que el legislador permitió fuera negociado o acordado por las partes del contrato de trabajo, tanto en el contrato escrito, como en el contrato verbal, como lo claramente lo definen los artículos 38 y 39 del C.S.T., pues allí se faculta a las partes para acuerden la duración del contrato, obviamente esta debe estar acorde con las prescripciones legales, pero el hecho de celebrar varios contratos de trabajo sea a término fijo o por obra o labor contratada, de manera voluntaria, sin que se afecte el vicio del consentimiento, bajo ninguna perspectiva de análisis puede variar por la simple perduración en el tiempo del servicio del trabajador para el mismo empleador, a un contrato de trabajo a término indefinido. Así, de antaño, lo ha entendido la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia que sobre el particular ha sostenido reiteradamente:

«(...) Es por tal razón que resulta palmariamente contraria a lo que demuestran esos medios de convicción la conclusión del Tribunal, que se apartó de lo que en ellos aparece dicho por los contratantes, resultando por eso completamente equivocado su entendimiento según el cual "la suscripción de sendos contratos a término fijo no implican(sic) que el desarrollo contractual se haya verificado en dicha modalidad, ya que la realidad fue la continua prestación del servicio en un lapso superior a los 14 años (enero 15 de 1980 a julio 2 de 1994), por lo que esta realidad prima sobre cualquier formalidad" (folio 21, C. del Tribunal). Y ello es así porque la circunstancia de que un contrato convenido a plazo determinado se prorrogue en varias ocasiones dando lugar a una relación laboral ininterrumpida, no significa que su naturaleza se modifique por esa renovación sucesiva, convirtiéndose en uno de duración indefinida, pues se trata de un contrato que, por definición legal, es renovable indefinidamente, conforme lo dispone el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 3º de la Ley 50 de 1990; por manera que la continuidad en la prestación de los servicios es una circunstancia que puede presentarse en los contratos convenidos a plazo determinado, toda vez que no es exclusiva de los suscritos sin fijación de término, como erradamente lo concluyó el Tribunal...» (Sentencia del 12 de febrero de 1999 Radicación 11.356 Sala de Casación Laboral H. Corte Suprema de Justicia). Ver además las recientes SL15610-2016, SL4831-2019 y SL252-2019 entre otras muchas.

Así las cosas, ajustando dicho derrotero jurisprudencial al caso concreto, se tiene que, si las partes, como en efecto aquí ocurrió, voluntariamente deciden celebrar varios contratos de trabajo por una duración determinada, conforme a los parámetros legales, así exista continuidad en la prestación del servicio (que no la hubo), nunca puede mutar a un contrato de trabajo a término indefinido como lo pretende la demandante. De este modo, para la Sala, las partes suscribieron tres contratos de trabajo a término fijo, sin que las demás pruebas aportadas permitan establecer que fue a término indefinido.

Ahora, frente a la validez de los contratos, especialmente las firmas que el actor desconoció en el interrogatorio de parte, se recuerda, que se estiman auténticos los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios, sin necesidad de autenticación, excepto aquellos que emanan de terceros o cuando se pretenda hacer valer como título ejecutivo, tal como lo estipula el artículo 54A del CPTSS, modificado por el artículo 24 de la Ley 712 de 2001. Aunado a lo anterior, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 244 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica en materia laboral, por virtud del artículo 145 del CPT y de la S.S., se establecen los presupuestos de autenticidad predicables respecto de las piezas procesales tales como las que acá se discuten, en los siguientes términos:

«Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso».

En este orden, conforme a la situación fáctica del sub judice, encuentra la Sala que tales documentos poseen la presunción de autenticidad que solo podía ser desvirtuada a través de una tacha de falsedad por la parte interesada, sin embargo, nada se dijo en la respectiva oportunidad procesal por el accionante en los términos del artículo 270 del CGP, en concordancia con el artículo 272 de la misma obra legal. Este extremo, en síntesis, se limitó a desconocer tales documentos.

Al respecto, es válido traer a colación la distinción entre la «tacha de falsedad» y «desconocimiento» que en sentencia SC4419-2020 efectuó la Sala de Casación Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia, donde entre otros aspectos se advirtió que no pueden confundirse estas figuras como medios de impugnación de los

documentos, por cuanto, no obstante, sus semejanzas, presentan diferencias en la forma de proposición y en las cargas probatorias:

«La distinción es axial. Repercute en punto de las cargas probatorias. En la tacha de falsedad de los documentos públicos y privados, estos últimos de las partes y no de terceros, corresponde demostrar el supuesto de hecho a quien la formula. El desconocimiento del medio de convicción, por el contrario, tanto en el antiguo régimen como en el nuevo, debe ser propuesto por la parte contra la cual se opone el documento o por los sucesores del causante a quien se atribuye, y desde el punto de vista probatorio, traslada a la otra parte, a quien lo ha aportado al proceso, el deber de demostrar la autenticidad mediante el trámite indicado para tacita, porque si no se hace la manifestación del caso, en la forma prevista por ley, la consecuencia es, tenerlo por auténtico.

[...]

La tacha o exteriorización del desconocimiento, se imponen para quebrar la autenticidad documental porque por disposición legal «se presumen auténticos» «[l]os documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso» (artículo 244 del Código General del Proceso). Ahora, «[e]l desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega» (artículo 272, ibídem). [...] En tales condiciones, la circunstancia de no proponer la tacha material en la oportunidad requerida por ley, o el desconocimiento motivado, se tendrá por reconocido el documento o por indiscutida su autenticidad.

La tacha de falsedad, por tanto, supone una querella que denuncia la falsedad en pos de destruir su existencia, que propone o impugna directamente la contraparte de quien presentó el documento, alegando y probando la falsedad material, para discutir su eficacia probatoria. Se surte en casos, como cuando el autor del documento, o la voz o la imagen grabadas no corresponden a la persona a la que se atribuye, o cuando el documento ha sido adulterado luego de elaborado, etc. Por supuesto, que dentro de la tacha, no caben la falsedad intelectual o ideológica, la mendacidad o simulación del contenido del documento, en cuanto declaraciones de voluntad o ideológicas.

El desconocimiento, no es tacha de su existencia legal, sino cuestionar y poner en entredicho; es desconfiar y censurar o rechazar la autoría que se imputa porque no le consta que a quien se atribuye sea el autor, expresándolo y explicándolo en la solicitud, con la particularidad de que invierte la carga de la prueba a quien lo presentó para que demuestre su veracidad, autenticidad o procedencia, so pena de que si no se «(...) establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria» (artículo 272 del Código General del Proceso), por cuanto su propósito es aniquilar la presunción de autenticidad para que no produzca efectos. El desconocimiento no es medio apto para alegar problemas de alteración o integralidad material del documento, porque estos motivos son materia propia de la querella civil de falsedad. (Las negrillas son ajenas al texto original).

En ese orden de ideas, para la Sala existieron tres contratos de trabajo a término fijo, el último de ellos feneció antes de expirar la fecha de finalización pactada. Respecto de las acreencias reclamadas, es claro que, el salario obedeció al mínimo legal, sin que se haya probado otra suma, y conforme a las liquidaciones aportadas fueron pagadas las prestaciones de allí derivadas a la finalización de cada uno de

ellos y con el ánimo de verificar si en efecto se adeuda algún concepto, es necesario advertir que en virtud de la excepción de prescripción formulada por la accionada, se observa que operó tal fenómeno en los términos estipulados en los artículos 488 y 489 del CST, en armonía con el 151 del CPT y SS, respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 09 de mayo de 2015, en tanto y en cuanto, la demanda fue presentada el 09 de mayo de 2018, sin que se observe reclamo alguno al empleador que tenga la vocación de interrumpir o suspender dicho fenómeno extintivo.

Así pues, las deudas laborales que se solicitan en la demanda, respecto de los dos primeros contratos se encuentran cobijadas con la prescripción, pues finalizaron en abril de 2013 y mayo de 2014 respectivamente. Con relación al contrato que finalizó el 06 de agosto de 2015, se tiene que inició el 20 de junio de la misma anualidad de ahí que se originaron las siguientes prestaciones sociales y acreencias:

20 de junio de 2015 a 06 de agosto de 2015		
CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
47	\$644.350,00	\$84.123
INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Intereses cesantías
47	\$ 644.350,00	\$10.094,82
VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
47	\$ 644.350,00	\$42.061,74
PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	Salario	Valor Prima
47	\$ 644.350,00	\$84.123,47
TOTAL, PRESTACIONES A PAGAR		\$220.403,50

En tal medida, como lo liquidado y pagado por la accionada corresponde a una suma superior, resulta claro que no hay lugar a acceder a las pretensiones elevadas en tal sentido. La liquidación se efectuó por la suma de \$238.322 y la consignación bancaria por \$1.018.263.

Con relación a la indemnización por despido sin justa causa, la jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras muchas). Advirtiéndole que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

Con base a lo anterior, se tiene que, en el presente asunto, la parte actora no probó el hecho del despido, no aportó al plenario cuales fueron las causas por las que finiquitó el vínculo contractual, razón por la cual de entrada no es posible determinar si hay lugar establecer la sanción que se reclama por despido sin causa justa.

Respecto de la sanción por no consignación de las cesantías (art. 99 L. 50/90), no había tal obligación de consignar, ya que el contrato correspondiente fue finiquitado el 06 de agosto de 2015, como ya se explicó y como da cuenta la liquidación obrante a folio 95, suscrita por el actor, donde da cuenta que recibió lo correspondiente por ese concepto. De modo que tal pretensión no prospera; y en lo que refiere a la sanción consagrada en el artículo 65 del CST, reformado por la Ley 789 de 2002, el cual ordena que en caso que a la finalización del contrato de trabajo, el empleador no haya cancelado salarios y prestaciones sociales, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se obliga a pagar una indemnización, equivalente a un día de salario por cada día de mora, hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo y a partir del mes 24 si no ha presentado a satisfacción de tales obligaciones, deberá intereses moratorios a la tasa más alta de crédito de libre inversión certificado por la Superintendencia Financiera.

Como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, la indemnización moratoria pedida, tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Bajo tal parámetro es claro que las razones dadas por la entidad accionada para no pagar oportunamente lo adeudado al actor, no la ponen en el plano de la buena fe, pues se observa que entre la fecha de terminación y la fecha del pago transcurrieron casi seis meses, sin que sea una justificación válida que el actor no haya devuelto

una camioneta que (en apariencia) también era de su propiedad, pues el empleador contaba con otros mecanismos para su recuperación, de modo que no pusiera en peligro los derechos sociales del mismo; por lo que se avizora que, tal proceder de ninguna manera permite ubicar su actuación en el escenario de la buena fe, en tanto aparece evidente la intención de lesionar los derechos laborales y sociales del aquí demandante, sin demostrar razones satisfactorias y justificativas de su conducta, que la exoneren de la sanción contemplada en el art. 65 del CST.

Ahora bien, tal y como lo determinó el a quo, en el caso de marras la demanda fue presentada con posterioridad a los 24 meses de terminado el contrato, de modo que, el trabajador sólo tiene derecho al pago de intereses moratorios, intereses que se pagan desde la finalización del contrato de trabajo. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado:

«En torno a esta disposición, esta Sala de la Corte ha adoctrinado que la sanción moratoria por el pago deficitario o impago de los salarios y prestaciones está sometida a dos reglas: (1) cuando el trabajador interpone la demanda laboral dentro de los 24 meses siguientes a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el empleador debe reconocer una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retado hasta por 24 meses, vencidos los cuales se causan intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta la fecha en que se verifique el pago; (2) si, por el contrario, la demanda se promueve después de 24 meses de haber finalizado el contrato de trabajo, el empleador solo puede ser condenado al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera causados a partir de la rescisión del vínculo.»

Así las cosas, realizados los cálculos del caso se observa que el interés moratorio asciende a un valor inferior (\$202.633) al que finalmente la accionada le consignó a la cuenta bancaria del actor (\$1.018.263), de ahí que nada, se le debe porque se le pagó en exceso sus haberes prestacionales y sancionatorios; por ello se imponía la absolución de la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tal y como lo concluyó el a quo.

Consecuente con lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

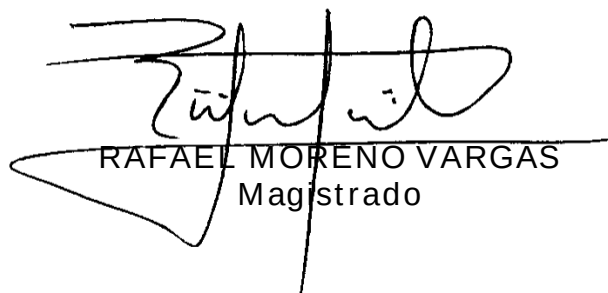
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

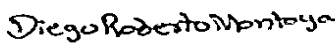
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por SARA INÉS ÁVILA RODRIGUEZ contra MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. Rad. 110013105-018-2018-00660-01.

En la fecha, con la finalidad de surtir el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida 04 de diciembre de 2020 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora SARA INÉS ÁVILA RODRIGUEZ, promovió demanda ordinaria con el fin de que se declare nulo su despido por no haberse agotado el procedimiento consagrado en el artículo 4 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA y las organizaciones sindicales ADECO y SINTRAMANSAROVAR; en consecuencia, se condene a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., a reintegrarla a un cargo de igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando al momento del despido y se declare que no hubo solución de continuidad del contrato de trabajo celebrado con la accionada. Por lo anterior, se condene a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir, desde el 24 de mayo de 2017 y hasta que se haga efectivo su pago; finalmente, se condene al pago de costas y agencias en derecho que se llegaren a ocasionar.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que ingresó a laborar para MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. el 22 de noviembre de 2010, mediante a término indefinido; de otro lado, fue afiliada a la Asociación de

Trabajadores Directivos, Profesionales y Técnicos de las empresas de la rama de la actividad económica del recurso natural del petróleo, los biocombustibles y sus derivados –ADECO-, desde el 22 de mayo de 2017 y hasta el 24 de mayo del mismo año. Que la demandada celebró convención colectiva de trabajo con las organizaciones sindicales ADECO y el Sindicato de trabajadores de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. SINTRAMANSAROVAR con vigencia del 01 de julio de 2015 al 30 de junio de 2018. La mencionada convención estableció que la empresa garantiza el derecho de los trabajadores a gozar de estabilidad laboral, conforme a lo establecido en la misma convención y a la Constitución Política de Colombia. Así mismo, la convención estipuló que antes de aplicar una sanción disciplinaria o un despido, se debe haber agotado un trámite para garantizar el debido proceso, pues será nula y no surtirá efecto alguno la decisión que se tomara olvidando los términos aludidos y en consecuencia se deberá reintegrar al empleado, pagándosele los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por este concepto. Pese a lo anterior, fue despedida sin justa causa el 24 de mayo de 2017 (fls. 02 a 08).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., contestó la demanda con oposición a las pretensiones como quiera que el contrato a término indefinido pactado entre esta entidad y la actora, fue terminado en virtud a lo estipulado en el artículo 64 del CST, por lo que no se vio obligada hacer el procedimiento convencional, por lo que la pretensión del reintegro no está llamada a prosperar. Si bien, la accionante hace alusión a la convención colectiva de trabajo, cabe resaltarse que la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral concluyó sobre la misma que, si el contrato terminó sin justa causa, no es necesario agotar el procedimiento previsto en el acuerdo colectivo, argumentando para ello que, no es procedente que el empleador deba agotar un procedimiento para el despido cuando la terminación del contrato no obedece a ningún motivo imputable al empleado, sino que está haciendo uso de su facultad legal establecida. Por lo anterior, las pretensiones incoadas en la demanda no están llamadas a prosperar, además a la actora le fueron canceladas la totalidad de acreencias que tenía derecho, oportunamente y dentro de un plazo prudente. Propuso como excepciones de mérito las de «Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago», «buena fe» y «prescripción» (Fls. 93 a 100).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 12 de abril de 2020, absolvió a MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, indicó que si bien la norma convencional (art. 4) opera para aquellos casos en que la empresa empleadora requiere imponer sanciones o despidos por la imputación de una falta, por lo tanto, previo a cualquier decisión de sanción o despido, deberá observarse el procedimiento indicado, pero sin que en el mismo se haya previsto su observancia para aquellos casos en que el empleador tome la decisión de terminar el contrato unilateralmente y sin mediar justa causa para ello. Sin embargo, indicó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, la cláusula de la convención colectiva de trabajo, que establece normas para el despido o sanciones, no resulta aplicable para aquellos casos en que el patrono se ciñe a hacer uso de las facultades del que está dotado legalmente para terminar unilateralmente el contrato de trabajo y procede a realizar la liquidación e indemnización correspondiente; lo cual no es arbitrario o contrario a la normatividad, puesto que no resulta congruente que el patrono deba seguir un trámite para el despido debiendo escuchar los descargos del trabajador, cuando la razón del despido no obedece a ninguna circunstancia imputable al empleado, sino que es el simple uso de una facultad legal.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que, conforme a lo decidido por el órgano de cierre en aquellos eventos donde la interpretación de una cláusula colectiva de trabajo presente varias interpretaciones, el Juez debe inclinarse por la más favorable al trabajador; a su vez, los ordenamientos de orden colectivo deben ser tratados iguales a los de otra disposición laboral, ya que son fuente derecho y son fundamentados en el principio de favorabilidad y la Constitución Política colombiana, por lo que no se puede apartar de su contenido jurídico, en especial en las normas colectivas de trabajo. Señaló que la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral ha tenido dos interpretaciones sobre la cláusula convencional, una de ellas claramente admisible para el trabajador, bajo el principio de favorabilidad y llevando a la eventual condena a la empresa demandada por el despido sin justa causa.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y

de la Seguridad Social, la parte accionada alegó de conclusión solicitando se confirme la decisión de primer grado. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión en atención a lo preceptuado en los artículos 66 y 66A del CPTSS, determinar si conforme al contenido de la cláusula 4° convencional, hay lugar al reintegro, pese a que la desvinculación de la demandante se dio sin justa causa y con el pago de la respectiva indemnización por despido injusto.

CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que la existencia del contrato de trabajo, los extremos de la relación, el salario devengado y el cargo desempeñado por la demandante, no fueron objeto de debate por los sujetos procesales.

Con el fin de dar un orden metódico a los puntos de informalidad en que se edifica la alzada, en primer término, se adentrará esta Sala de Decisión a resolver si en virtud de aludida cláusula 4° convencional, le era dable o no a la demandada dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 64 del CST, con el pago de la respectiva indemnización.

En tal sentido, sea lo primero indicar que no se encuentra en discusión que el demandante es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD y las organizaciones sindicales ADECO y SINTRAMANSAROVAR del cual es afiliada la accionante; dicho convenio colectivo fue pactado para la vigencia 2015-2018, el cual, por demás, huelga decir que se encuentra con las formalidades legales para su validez de folios 15 a 79. Para tal efecto el acuerdo colectivo, dispone en su artículo 4° una cláusula según la cual, «Antes de aplicar una sanción disciplinaria o despido, la Empresa debe oír al trabajador sindicalizado en sus descargos, asistido por dos (2) representantes de la Junta Directiva nacional, o de las Juntas Directivas de las Seccionales de U.S.O. y/o ADECO [...]. La citación en todos los casos, se hará con indicación de hora, fecha y lugar en que deba comparecer el trabajador [...]. Si el trabajador no concurre a la citación acompañado de los representantes de U.S.O. y/o ADECO, en la fecha en que ha sido citado, de acuerdo con lo estipulado en este artículo, se considerará que no tiene ningún descargo y por consiguiente se le

podrá notificar la sanción [...]. Oídos los descargos [...]. Toda sanción disciplinaria deberá comenzar a cumplirse [...]. Será nula y no surtirá efecto alguno la decisión que se tome pretermitiendo los términos de que habla este artículo, en cuyo caso se reintegrará el trabajador y se le pagarán los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por este concepto» (fls. 21 a 23).

Ahora bien, recordemos que el artículo 64 del CST dispone que «en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato...».

En el caso de marras, como ya se explicó, el contrato de trabajo fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador (fl. 14), de igual modo, se le canceló la respectiva indemnización en los términos legales antes explicados (fls. 104-105). Ahora bien, la parte actora pretende que el reintegro con el respectivo pago de salarios y prestaciones que del mismo se desprende, sin embargo, de ese contexto normativo, de entrada, se avizora que no tiene vocación de prosperar el reintegro que se solicita desde el libelo introductor, en primera medida porque dicha cláusula convencional no resulta aplicable en aquellos casos en los cuales el empleador hace uso de la facultad legal establecida en el artículo 64 del CST, esto es, dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin invocar motivo alguno y desde luego indemniza al trabajador afectado con tal decisión.

Lo anterior, en sentir de la Sala no resulta contradictorio, ni riñe con el contenido de dicha cláusula convencional, en tanto y en cuanto, no resulta admisible que el empleador siga un trámite para escuchar en descargos cuando el finiquito contractual no obedece a ningún motivo imputable al empleado, ni a una conducta irregular o reprochable de este, siendo esa la finalidad del referido trámite convencional, tal como incluso se deduce del hecho que «se le citará por escrito, especificando la falta por la que se le acusa». Por tanto, al hacer uso de

manera pura y simple de la facultad consignada en el artículo 64 del CST, no lo obliga seguir el referido procedimiento.

Tal entendimiento, ha sido prohiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en sentencias con radicación 18.421 del 04 de julio de 2002, 30015 del 21 de nov. 2006, rad. 41455 del 07 de feb. de 2012 y rad. 39328 del 14 de nov. de 2012, en esta última, además se indicó que «no es entendible que al interior de la empresa se diseñe un procedimiento en el que se haga necesario escuchar al trabajador en descargos cuando quiera que para nada se le ha inculcado, pues para que ocurra tal requerimiento es porque su conducta contractual puede ser reprochada, al punto que es necesario verificarla y excusarla o, si es del caso, sancionarla conforme a las previsiones reglamentarias o estatutarias que rigen en la empresa, siempre preservando su derecho de defensa y su dignidad como persona humana y como trabajador. Así las cosas, la determinación unilateral del empleador de dar por terminado el vínculo contractual sin justa causa, esto es, sin que sea atribuible a una conducta reprochable de su trabajador, no puede involucrar la exigencia de que quien habrá de soportarla, amén del daño que con ella se le causará, el cual la ley en su manera de indemnizarlo a tarifado previamente o las partes lo pueden hacer mediante cláusulas unilaterales, contractuales o colectivas in meius, independientemente de que en el proceso judicial se puedan acreditar otros daños, tenga que dar explicación alguna de su proceder. Por ende, es por lo que, de este tipo de estipulaciones convencionales, se ha entendido por la jurisprudencia, no es atinado predicar su aplicación a la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador por su mera liberalidad».

Así las cosas, no queda otro camino a la sala que confirmar la sentencia de primer grado, como quiera que no hay lugar al reintegro solicitado, quedando así agotada la competencia de esta Corporación, con la resolución del recurso interpuesto. Así se decidirá, sin costas en esta por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

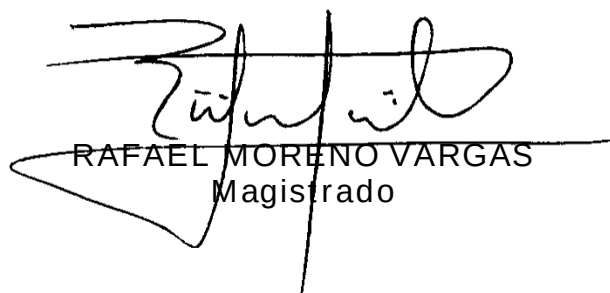
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

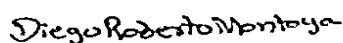
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLARA HELENA MALDONADO GONZALEZ contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-028-2019-00395-01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas AFP PORVENIR Y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora CLARA HELENA MALDONADO GONZALEZ, pretende se declare principalmente la nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuada por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS -PORVENIR S.A. efectuado el 1º de abril de 2001, ante la omisión del deber de informar las implicaciones que tenía el cambio de régimen y las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas; en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A., a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la accionante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiere causado; se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, así

como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS, y contabilice para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS. Como consecuencia de las anteriores pretensiones, se ordene a COLPENSIONES reconocerle la pensión de vejez con el régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), en atención al cumplimiento de todos los requisitos. Se condene a lo ultra y extra petita, costas y gastos del proceso.

En pretensión subsidiaria, solicitó se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos de su traslado al RAIS, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 19 de diciembre de 1961, que estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social –ISS hoy COLPENSIONES desde el 20 de febrero de 1991 hasta el 31 de marzo de 2001; manifestó que estando afiliada al ISS y en atención a la atención confusa, imprecisa y sesgada información brindada por los inexpertos y desinformados asesores del fondo, se trasladó a PORVENIR S.A. con fecha de efectividad 1° de abril de 2001. Que al momento del traslado a PORVENIR S.A. no fue asesorada ni Informada por ese fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones; aunado a ello, no la asesoró respecto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad, su Ingreso Base de Cotización, tiempo que llevaba laborando y cotizando; no le informó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, o a la edad de pensión, o para mantener su mínimo vital, sobre todo teniendo en cuenta su calidad de madre cabeza de familia. Tampoco le informó que no todo el aporte mensual que hiciera, iría a su cuenta individual, y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen; y cómo influiría esto en su pensión. Que no le informó sobre la posibilidad que tenía de tener que negociar el bono pensional entregado por el Régimen de Prima Media (RPM) como consecuencia del traslado, para anticipar su pensión; y

cómo podría influir en su pensión; mucho menos sobre el derecho de retracto, ni en qué consistía o que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios. No le hizo proyecciones futuras de su pensión, con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los regímenes pensionales. En razón de lo anterior, el 29 de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado del RAIS al RPM, esta petición fue radicada con el No. 2018-5557985 y respondida rechazando la solicitud de traslado a esa administradora, precisó que la demandante se encuentra vinculada y cotizando para pensiones en el fondo de pensiones PORVENIR S.A., que de acuerdo al resultado del informe actuarial contratado por ella, hay diferencias entre los dos regímenes, siendo evidente que se le ocultó la realidad de su situación, pues de haber cumplido con su obligación de brindar la información de manera veraz y eficaz, jamás hubiese existido tal traslado (Fls. 02 a 25).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal efecto que el origen de la presente acción no fue la falta de información sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen, y su actuar, además de afectar, vulnerar y sobrecargar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida es el aprovechamiento de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados de buena fe que hacen parte del mencionado régimen, por consiguiente, solicitó se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas, que sobre la parte actora recaigan las costas del proceso, subsidiariamente solicitó que en caso de una eventual sentencia con fallo condenatorio sea absuelta al pago de costas y agencias en derecho a COLPENSIONES por cuanto no fue esta quien incumplió con sus respectivas obligaciones legales y sobre la misma recae única y exclusivamente una obligación de hacer de carácter de orden emitida por el operador jurídico. Presentó como excepciones de fondo las de «Protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero», «Falta de legitimación en la causa por pasiva», «Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «Prescripción», «caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «Innominada o genérica» y «Buena fe» (Fls. 107 a 120).

La AFP PORVENIR, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones de la demanda, argumentando que, la entidad otorgó una asesoría integra, veraz y oportuna, conforme lo evidencia la solicitud de afiliación, documento público que se presume auténtico, en el que se observa la declaración escrita que hace constar que realizó en forma libre espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorada sobre todos los aspectos de este, adujo, que siempre se garantizó el derecho de retracto y siempre con la más absoluta buena fe, conforme a lo dispuesto en las normas vigentes tanto para el momento de la afiliación como las actualmente en vigor; señaló que le llamó poderosamente la atención el hecho de que la parte actora haya estado cerca de 18 años en el Régimen de Ahorro Individual, y que de manera sorpresiva, haya indicado que no tenía conocimiento acerca de las condiciones y beneficios del traslado al régimen, y peor aún, que haya manifestado que no recibió asesoría cierta y verás durante casi dos décadas. Presentó como excepciones de fondo las de «Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fls. 139 a 165).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 15 de marzo de 2001, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD, administrado hoy por COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES; así mismo, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. Condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que se el examen del acto del régimen pensional por trasgresión en el deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia consagrada en la ley, en donde en reiterada jurisprudencia se ha mencionado de que forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada. En ese sentido, estimó en el plenario no se logró acreditar que a la demandante se le haya proporcionado información sobre las ventajas y desventajas que implicaba el cambio de régimen por parte de la AFP PORVENIR S.A., puesto que fue informada que el ISS iba a

desaparecer y así perdería sus semanas cotizadas, constituyéndose omisión en su deber de información, pues PORVENIR S.A. no acreditó haber suministrado una información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado, aclaró, que si bien fue aportada una simulación pensional tal documento no resultaba idóneo para acreditar que al momento en que se produjo el traslado del régimen pensional la actora hubiese recibido tal información, pues dicho cálculo fue revisado 18 años después de la afiliación de la demandante al RAIS y esto no subsana la omisión de la AFP encargada de brindar la debida información. Finalmente, en cuanto al formulario de afiliación de PORVENIR S.A., en donde se consignó la voluntad de afiliación, mencionó que esta circunstancia acredita un consentimiento, pero no informado.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, pues a su juicio, siendo este caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no de la nulidad se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos tendientes a querer dejar de pertenecer a la AFP, mencionó que según en el artículo 1752 y 1754 del Código Civil, el cual se refiere a la ratificación expresa o tácita que sana el vicio o la nulidad, no se puede concluir que exista un daño ineficaz homogéneo y sucesivo cuantificable en décadas, advirtiendo que la finalidad de la presente acción no es otra que obtener beneficios económicos a costa de afiliados cotizantes del RPMPD.

A su turno, el apoderado judicial de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, para lo cual señaló que la declaración de ineficacia de traslado de régimen se motivó en razón a la línea jurisprudencial que ha manejado la Corte Suprema de Justicia en este asunto, sin embargo, para dar aplicación a esta misma, en el presente caso no se soportan los mismos supuestos facticos que se preceptúan en la mencionada línea, pues en los mismos es claro el perjuicio que se causó al momento de traslado del régimen, así las cosas, en el entendido que la demandante con el traslado de régimen no renunció a ningún beneficio pensional, estaba en total libertad de realizar un traslado de régimen. Indicó en cuanto al formulario de afiliación, que este no fue desconocido ni tachado de falso por la parte actora, en ese sentido, la etapa del deber de información se cumplió con el deber legal que en su momento le fue exigido a la entidad, por lo tanto, debió absolverse. Preciso en cuanto a los gastos de administración, que se evidencia que se está dejando de lado lo que la ley 100 en el artículo 13 consagró como la facultad que tiene toda administradora de pensiones de generar estos cobros en cuentas pensionales por gastos de administración que realiza, perjudicando a la administradora en su buena

fe por la generación de rendimientos positivos que se tuvo en la cuenta de ahorro individual, por lo anterior, se requirió un análisis más riguroso del caso y no simplemente aplicar analogías jurisprudenciales.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos en similares términos a los de la alzada; la parte actora, de igual modo, solicitó que se confirme la decisión de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 40 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 19 de diciembre de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 19 de diciembre de 2018, procediendo a solicitar su traslado y obteniendo respuesta el 29 de abril de 2019 (Fl. 41), es decir, cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos tenía 129,56 semanas cotizadas a (fl. 49), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 15 de marzo de 2001 (Fl. 166), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados. Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de

prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 166), plasmado en el formulario de afiliación a PORNEVIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. en su momento, omitió en el momento del traslado de régimen (15 de marzo de 2.001, fl. 166), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco es dable considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así

como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

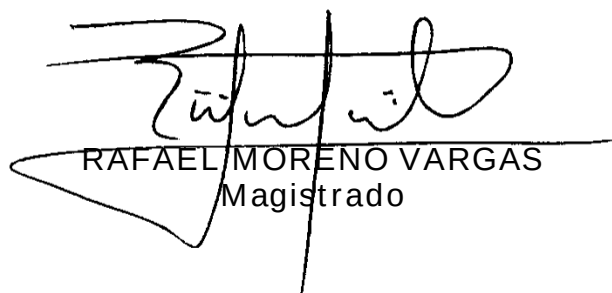
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

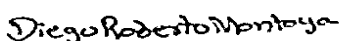
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por TRINA OLARTE RINCON contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-033-2018-00445-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas COLPENSIONES Y COLFONDOS contra la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de noviembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora TRINA OLARTE RINCON promovió demanda ordinaria en la que pretende se declare la nulidad del traslado y de la afiliación a la AFP COLFONDOS, en consecuencia, se trasladen todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES. Igualmente se declare podrá solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez ante COLPENSIONES, quien debe activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD. Se condene a COLPENSIONES a aceptar y recibir el traslado de sus aportes y finalmente se condene a las AFP COLFONDOS y COLPENSIONES a pagar las costas del presente proceso y agencias en derecho, así como lo que extra y ultra perita resulte probado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 10 de septiembre de 1958; se afilió al Seguro Social en pensiones el 27 de septiembre de 1983 y se trasladó del RPMPD al RAIS a partir del 17-05-1994 con la AFP

COLFONDOS. Manifestó que antes de trasladarse del era beneficiarla del régimen de transición, al contar con más de 750 semanas cotizadas en pensiones al 25-07-2005, indicó que entre lo cotizado a COLPENSIONES y a la AFP COLFONDOS acredita un total de 1.080 semanas válidamente cotizadas, afirmó que los asesores de la AFP COLFONDOS en su momento le dijeron que trasladándose a la AFP COLFONDOS tendría una cuantía de pensión mucho mejor que la que le reconocería el Seguro Social, que se podía pensionar a la edad que quisiera, y no como en el Seguro Social, donde le tocaba esperarse a cumplir 57 años de edad, asimismo, que después de pasado un tiempo, si se aburría de estar en ese fondo privado podía solicitar la devolución de sus aportes cuando quisiera. Preciso que los asesores de la AFP COLFONDOS le aseguraron que, por el rango de edad, la ley la obligaba a dejar el Seguro Social a raíz que este pronto sería clausurado, además, que sólo le enseñaron las ventajas de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones, pero nada le indicaron acerca de sus desventajas. Expresó que en octubre de 2017, por intermedio de su apoderado, mediante derecho de petición, solicitó a COLFONDOS expidiera a su cargo fotocopia autentica del formulario de afiliación y traslado de régimen pensional, así como efectuar simulación pensional y calculo probable de la mesada pensional por vejez, señaló que el 15 de noviembre de 2017 COLFONDOS, brindó respuesta informándole que la pensión de vejez sería de \$1.440.000; aseguró, que en enero de 2018, bajo el radicado No 2018_1154618, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES mediante la cual solicitó anular la afiliación y traslado de régimen efectuado a la AFP COLFONDOS, por vicios del consentimiento, del mismo modo, su apoderado, el 06-02-2018 radicó solicitud ante la misma entidad por el mismo asunto, pero se le indicó que "No es procedente el traslado al régimen de prima media con prestación definida, no es viable ya que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de jubilación" (Fls. 3 a 18).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra argumentando para tal efecto, que el traslado al RAIS se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar dicho traslado, por otra parte, observando que la demandante manifiesta que la falta de información también radica en que no se le explicaron las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, precisó que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto no es dable alegar la ignorancia

como excusa. Formuló como excepciones de fondo las de «Inexistencia de la obligación», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 74 a 81).

Por su parte, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra al considerar que la entidad sí brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen; indicó que no procede la declaración de ineficacia toda vez que la señora OLARTE RINCON, fue quien de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A., así como se expresa en el formulario de vinculación, agregó que la demandante, no es beneficiaria del régimen de transición, pues perdió sus beneficios al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal y como lo advierte el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios en el consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Fls. 122 a 146).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A., y con esto a la afiliación realizada a la accionante el 17 de mayo 1994. Declaró que la señora OLARTE RINCÓN actualmente se encuentra de manera efectiva afiliada a COLPENSIONES. Ordenó a COLFONDOS S.A. a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES junto con sus respectivos intereses o rendimientos así como a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas y reactivar la afiliación de la demandante. Ordenó a COLFONDOS S.A., pagar de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM, los cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio gastos o cuotas de administración. Conminó a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiese lugar; y condenó en costas a COLFONDOS.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, que al haberse efectuado la afiliación de la demandante en el año 1994, la AFP tenía el deber de describir las características, condiciones de cada régimen, junto con las consecuencias de un traslado entre los mismos; de igual manera la AFP debió suministrar los elementos para el afiliado comprendiera de manera objetiva y lógica el funcionamiento de ambos regímenes; y pese a que la demandante suscribió formulario de afiliación y en el mismo se consigne una leyenda respecto a la voluntad del afiliado con la simple suscripción de la solicitud, del mismo no es posible acreditar que se dio una asesoría informada de la decisión tomada por la actora. Así las cosas, debían analizarse otros medios probatorios para determinar si en la realidad, el acto jurídico de cambio de régimen estuvo precedido de la ilustración mínima establecida por la ley. Concluyó así, que de las pruebas recaudadas, no era posible determinar que la AFP brindó la información necesaria y transparente para que la afiliación de la demandante al RAIS se haya realizado de manera libre y voluntaria, reiterando que el formulario de afiliación era insuficiente para determinar el tipo de información que la afiliada recibió, este implicaba únicamente que hay un consentimiento del usuario, pero el mismo no es informado. En ese orden, como la AFP no demostró que brindó la información necesaria y transparente a la demandante, había lugar a declarar la INEFICACIA del traslado entre regímenes y con las consecuencias anotadas en precedencia.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que el traslado de régimen no fue ineficaz como quiera que la decisión de afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, además, durante la afiliación, la actora tuvo claras las incidencias de sus derechos y prestaciones, tampoco presentó derecho de retracto y nunca presentó ninguna inconformidad en el fondo, y en consecuencia, COLFONDOS realizó la debida administración de esos dineros depositados en la cuenta individual y ha cumplido con su labor de administración, prueba de ello son los rendimientos de la cuenta.

A su vez, el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque el fallo proferido toda vez que, en primer lugar, respecto de la legitimación en la causa, solo se conmina a COLPENSIONES a realizar el cálculo a fin de determinar el grado de afectación económica con la devolución de la afiliada al RPM sin imponer una condena, sobre esta se tuvo que no es posible proyectarla, dado que solamente a futuro se puede evidenciar si se afecta o no a la entidad porque no se conoce si los aportes alcanzan a cubrir la prestación que se les puede cubrir a futuro,

del mismo modo, presentó su inconformidad respecto de la carga de la prueba, puesto que según la parte motiva del fallo, acogiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, ésta sólo se puede aplicar a afiliados que tuvieran una expectativa legítima, que se encontraran en régimen de transición, estuvieran próximos al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento pensional o que con el cambio de régimen se hubiera afectado de manera grave su derecho pensional. Entonces, al encontrarse en condiciones muy diferentes a las esbozadas por la línea jurisprudencial no puede ser acogida la misma y en consecuencia, la carga de la prueba queda en cabeza de quien está aduciendo el hecho.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos, la parte actora solicitando que se confirme la decisión y las accionadas en similares términos a los de la alzada, procurando se revoque sentencia de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares

de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 21 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 10 de septiembre de 1958, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2015, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 01 de febrero de 2018 (fls. 60 a 63), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 460 semanas cotizadas al ISS (fls. 162 y 163), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de mayo de 1994 (Fls. 43 y 153), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso,

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones o requisitos pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 43), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (17 de mayo de 1.994, fl. 43), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes por pasiva, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución saldos de la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco es dable considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con

motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales y los gastos de administración cobrados, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral. Por lo anterior, no es dable acceder tampoco a adicionar la decisión de primer grado, como quiera que allí se ordenó la referida devolución para que COLPENSIONES tenga como afiliada a la actora.

En la misma dirección se debe señalar que tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

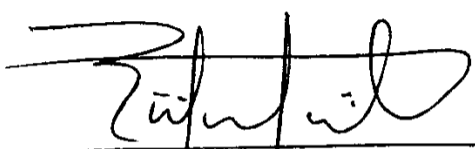
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

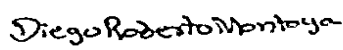
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTÍN EMILIO GARCÍA LOZANO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- Rad. 110013105-015-2019-00598-01.

En la fecha, con la finalidad de surtir el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 25 de enero de 2021 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor MARTÍN EMILIO GARCÍA LOZANO, promovió demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que le asiste derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague el retroactivo del incremento adicional a su pensión del 14% sobre el salario mínimo legal mensual por su esposa la señora LEONOR SANDOVAL de GARCIA, desde la fecha a partir de la cual se dio el reconocimiento la pensión y hasta el momento en que subsistan las causas que le dan origen a la presentación; en consecuencia, se realicen catorce mensualidades pensionales al año con sus incrementos anuales correspondientes; que sobre el importe de cada incremento pensional retroactivo se liquiden y paguen como sanción los intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal hasta que se efectúe el pago, sumas debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 11 de noviembre de 1944, que cumplió con el requisito de edad establecido en el régimen de transición el mismo día y mes del año 1994; que le fue reconocida la pensión de vejez por parte

del seguro social hoy COLPENSIONES bajo la resolución 046086 del 2006, mediante la cual le fue aplicado el Acuerdo 049 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguridad Social el decreto 758 de 1990, pensión que le fue otorgada el 27 de octubre de 2006; agregó que contrajo nupcias con la señora LEONOR SANDOVAL de GARCIA con quien convive, y quien depende económicamente de él, toda vez que no recibe pensión; informó que el 8 de julio de 2019 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES por el incremento pensional de su esposa, petición que fue resuelta el 10 de julio de 2019 de manera negativa (fls. 3 a 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra de conformidad con la sentencia SU-140 de 2019 de la cual se concluye que salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales previsto en el artículo 21 del decreto 758 de 1990, desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, así mismo dichos incrementos resultan incompatibles con el artículo 48 de la constitución. Propuso como excepción previa la de «derogatoria de la ley», y como de mérito las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «Cobro de lo no debido», «buena fe», «pago» e «Innominada o genérica» (Fls. 28 a 37).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 25 de enero de 2021, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones de «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido» y «prescripción», condenando en costas al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 los incrementos pensionales por persona a cargo, fueron derogados a partir del 01 de abril de 1994. Por lo anterior, indicó que en el caso concreto el reconocimiento pensional al demandante, se dio en el año 2006 fecha para la cual ya no se encontraban vigentes siendo improcedente aplicar una normativa que hace 25 años se encuentra derogada, así mismo precisó que en todo caso, operó el fenómeno jurídico de la prescripción toda vez que la prestación pensional fue reconocida en el año 2006 y se reclamó el reconocimiento en el año 2019, es decir 13 años después y conforme al artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo el derecho prescribe un término de 3 años.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primera instancia y por el contrario se acojan las pretensiones de la demanda, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción si así se considera pertinente; argumentó para tal efecto que la ley y la jurisprudencia han reiterado que el estado de pensionado no prescribe y el mismo trato se le han dado a los incrementos pensionales, explicó que lo único que prescribe son las mesadas pensionales no reclamadas oportunamente; resaltó que el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1999 señala que estos elementos no forman parte integrante de la pensión de vejez, lo que no quiere decir que no se configure un derecho prescriptivo, señaló que este artículo debe leerse en concordancia con el artículo 42 del mismo estatuto, del cual se colige que el hecho, que no sea parte integral de la pensión de vejez o invalidez, implica que dichos incrementos no tengan repercusión en el reajuste de la mesada, estos incrementos sólo se conceden mientras se dan las causas que dieron origen a estos que pueden ser de carácter permanente haciéndose exigibles en cualquier tiempo; por otro lado aseveró que si bien es cierto que la Corte Constitucional declaró la imprescriptibilidad de este derecho, también lo es que este no es el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria; concluyó solicitando se tenga en cuenta el principio de favorabilidad frente a los incrementos solicitados.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, así como determinar si este se encuentra prescrito.

CONSIDERACIONES

El derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desaparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el

Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueron reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución No. 046086 de 2006 (fl. 12), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su cónyuge a cargo, la señora LEONOR SANDOVAL de GARCIA

Frente a la condición de cónyuge de la antes citada, se acredita con el certificado de Partida de Matrimonio obrante a folio 13 del plenario, que da cuenta que el actor contrajo nupcias con la señora LEONOR SANDOVAL de GARCIA el 05 de septiembre de 1976.

En cuanto a la dependencia económica de la señora LEONOR SANDOVAL de GARCIA respecto de su cónyuge, se advierte que dentro del proceso fue aportada certificación de COLPENSIONES en la cual se establece que no recibe pensión por parte de esta administradora a folio 20; así mismo se aportó el acta de declaración juramentada de los esposos LEONOR SANDOVAL y MARTÍN GARCÍA a folio 14, en la cual declararon que son casados, que conviven bajo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpida desde hace 43 años, compartiendo techo, lecho y mesa, que tienen 3 hijos, y que la señora LEONOR no labora, no recibe ingreso por ningún concepto dependiendo económicamente de los ingresos de su esposo

Se recibió el testimonio de CARMEN PRECIADO de SANDOVAL, quien manifestó conocer al demandante hace 40 años, porque vivían en la misma localidad, dijo constarle que el accionante contrajo nupcias con la señora LEONOR SANDOVAL hace aproximadamente 43 años, que siempre han estado juntos, y que fruto de esa relación procrearon 3 hijos, IVÁN, EIDER y EDWIN que ya son mayores de edad; añadió que visita a la pareja periódicamente aproximadamente 1 vez al mes; precisó que la señora LEONOR vive de la pensión del señor MARTIN, y que no tienen más ingresos, agregó que nunca la ha visto trabajar, que solo ha estado en el hogar; explicó que nunca presenció que el señor MARTIN le haya dado algún recurso, sin embargo mencionó que el domicilio donde residen es propio, que sabe que no tienen arrendado algo que les genere algún ingreso; que la señora LEONOR no cuenta con alguna microempresa y que sus tres hijos no le ofrecen una colaboración, que viven solo dos solos, que a la señora LEONOR no le han reconocido alguna herencia que le genere algún ingreso; concluyó que el sistema de salud de la señora LEONOR es por don MARTÍN.

A su turno el testimonio de la señora MARTHA OLGA PAEZ declaró conocer al demandante hace 20 años, porque es vecina de la pareja, que en ese lapso de tiempo ha visto al señor MARTÍN hacer vida marital con doña LEONOR SANDOVAL su esposa, que nunca los ha visto que se separen, que los visitaba con frecuencia porque eran vecinos, agregó que el inmueble donde residen es propiedad de ellos y que no tienen arrendada ninguna habitación, resaltó que la pareja tiene 3 hijos y que ninguno vive con ellos, que tampoco le ayudan a la pareja, y que no ha visto que la señora LEONOR se dedique a alguna actividad, que tampoco ha recibido alguna herencia, que no tienen otro inmueble y ninguna otra actividad que le genere ingresos dependiendo de la pensión de su esposo, finalizó que sabe que la señora LEONOR no ha recibido auxilios del Estado.

Se concluye entonces que, a las declaraciones anteriores, se les puede asignar plena credibilidad en torno a la dependencia económica requerida para hacerse acreedor al incremento pensional.

Esclarecido lo anterior, debe señalar la Sala, demás, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las

SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resultaba necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que sí existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de llegarse a proponer la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Al respecto la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido de que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de in dubio pro operario, obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en

tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado; en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 01 de noviembre de 2006 a través de la Resolución 046086 de 2006 (fl.12), mientras que la reclamación administrativa solo fue efectuada ante Colpensiones el 05 de julio de 2019 (fls. 21-22), así como la demanda que vino a ser presentada el 06 de septiembre de 2019 (fl. 23), es decir, con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, y así es claro que en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste criterio atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala de Decisión en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregonaba su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, que no le asiste derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional, la reclamación del derecho y luego la presentación de la demanda, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen; en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su confirmación, pero por las precisas razones expuestas anteriormente.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de OLGA LEAL ORTIZ contra
COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-012-2018-
00503-01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR, contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora OLGA LEAL ORTIZ, pretende se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR; en consecuencia, se ordene la activación de en el RPMPD; así mismo, se condene a la AFP PORVENIR a la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, junto con los rendimientos causados. En virtud de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES, tramitar el recaudo de los dineros que posee PORVENIR por todo concepto como afiliada de esta AFP. Finalmente, se condene a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 09 de marzo de 1961; cotizó para el ISS los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 01

de septiembre de 1980 y hasta el 30 de abril de 1999. A partir de enero de 2001 apareció afiliada al Fondo de pensiones Porvenir, época para la cual realizó su primera cotización al RAIS y se encontraba cotizando como trabajadora dependiente al servicio del Hospital Occidente de Kennedy-III nivel. Sin embargo, el Fondo privado no le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre uno y otro régimen; además, no le informó que el valor de la pensión dependía de la modalidad de retiro programado y este monto podría estar sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por la tasa de interés del mercado, el nivel del riesgo de inversión en el portafolio del fondo privado, el alto costo de la venta del bono pensional, ni los porcentajes mensuales de descuento que por la administración de tales recursos le efectuaría el Fondo privado y que disminuyeron mes a mes el monto ahorrado. Aunado a lo anterior, el Fondo no le informó que sobre el RPMPD, tenía un derecho pensional cierto, consolidado en una mesada pensional con un valor vitalicio constante, como resultado de haber aplicado un porcentaje establecido en la Ley, acorde con el número de semanas cotizadas. Respecto de sus semanas cotizadas, contó con las que le permiten pensionarse en el RPMPD y con el 80% del IBL; por el contrario, el Fondo privado no le comunicó que el reconocimiento de su pensión a los 57 años de edad estaba sujeto a alcanzar un monto base de aportes en su cuenta individual, valor que no le fue determinado y superó los \$200.000.000 para adquirir su prestación pensional. La administradora de pensiones privada omitió informarle que para pensionarse con una mesada superior al salario mínimo, tendría que cotizar más años que los exigidos en el RPMPD; empero, pese a la cotización durante un tiempo mayor este Fondo tampoco podía garantizarle que su mesada pensional al momento de hacerse exigible, sería mayor a la que hubiera recibido en el RPM. Por ende, la demandada por su afán de capturar de forma masiva afiliados y así lograr un beneficio particular, faltó por completo a su deber profesional de haber analizado su situación pensional y así aconsejarla de forma honesta y diligente sobre la conveniencia o no del traslado de régimen, por lo que vulneró sus expectativas legítimas para pensionarse bajo las condiciones más favorables. Por las razones expuestas, el Fondo privado la asaltó en su buena fe, al incidir en su cambio de régimen pensional, omitiéndole información relevante que afectó su futuro pensional ya que de haberlo conocido en forma plena, no hubiera cambiado de régimen; de esta forma, no le suministró información clara, completa y cierta acerca de las consecuencias y efectos futuros de haber abandonado el RPMPD, lo que le trajo consecuencias vitales. Tampoco le informó que durante el tiempo que permaneciera en el Fondo privado le descontarían un 1.5% por concepto de administración, suma que se usa de acuerdo a sus intereses económicos. Posteriormente, Porvenir le informó que su solicitud de traslado había sido aprobada a un Fondo de pensiones ING, hoy Protección, el 08 de octubre de 2008.

A continuación, en el año 2009 Porvenir le negó su derecho al cambio al Seguro Social porque no había cumplido su periodo de fidelidad a Protección, situación que nunca autorizó; por ello, el 28 de febrero de 2012 presentó denuncia ante la Fiscalía por el cambio de Fondo de pensiones ya que nunca consintió este cambio, en cumplimiento de la orden de la Fiscalía, del 19 de mayo de 2016, Ing. Pensiones y cesantías trasladó sus dineros a la AFP Porvenir. Posterior a ello, el 11 de abril de 2017 radicó solicitud de nulidad del traslado ante Porvenir; a su vez, presentó solicitud de nulidad ante Colpensiones; cuyas respuestas fueron rechazadas. De esta manera, se le vulneró el principio de la condición más beneficiosa a su favor, al efectuarse el cambio inicial del sistema pensional sin cumplir los requisitos al no suministrar la información requerida (Fls.01 a 26).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a algunas de las pretensiones incoadas y a otras se atuvo a lo que se resultara en el proceso, arguyendo para tal efecto que, no es posible pensionar a la actora bajo el RPMPD, con un IBL del 80% pues ella no está afiliada a este régimen; de otro lado, la accionante dentro de la información que le suministró la AFP, debió preguntar sobre las dudas que tuvo al realizar el cambio de régimen. Además, se opuso a la declaratoria de nulidad teniendo en cuenta que, su traslado se hizo de manera libre, voluntaria y autónoma, muestra de ello es su afiliación por más de 17 años al RAIS, periodo en el que debió subsanar el nivel de información que tenía sobre el régimen privado; así mismo, no se puede declarar la nulidad como si nunca se hubiera trasladado ya que los rendimientos financieros en el RAIS son inferiores a los del RPMPD, lo que generaría una descapitalización del Sistema, lo que igual generaría una devolución de todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la accionante. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 81 a 87).

La AFP PORVENIR, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones de la demanda, argumentando que, la afiliación al RAIS no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante, ya que la selección de cualquiera de los dos regímenes es libre y voluntario por parte de la actora, quien manifestó por escrito su elección por trasladarse de régimen, hecho que se realizó con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo Fondo. Para lo anterior,

indicó que la información suministrada a los afiliados al RAIS procede en el cumplimiento de las disposiciones legales y bajo la vigilancia y control que ejerce la Superintendencia Financiera sobre estas; por lo que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones, reciben constantemente capacitación con el fin de brindar una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados; a su vez, el RAIS deja a cargo del afiliado la decisión de su futuro pensional a través de la planeación y ahorro, como las consecuencias, de manera que la accionante no puede aducir engaño pues además de haber recibido toda la información y asesoría, pudo preguntar, leer e inclusive sustraerse de firmar el documento de afiliación; por lo que la vinculación de la demandante a esta AFP se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones. Adicionalmente, la nulidad en el presente caso puesto que el error de hecho solo vicia el consentimiento cuando se falla en la especie del acto o contrato, errores que no estuvieron presentes sobre el contrato firmado con la actora, pues si pretendió afiliarse al Fondo de pensiones y por ende pertenecer al RAIS. De otro lado, no pueden aplicarse sentencias que en materia de nulidad ha proferido la Corte Suprema de Justicia ya que cada caso tiene supuestos facticos diferentes. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica». Propuso como excepción previa la de «no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios» (Fls. 110 a 119).

Mediante auto del 15 de mayo de 2019, se ordenó vincular al proceso al litisconsorte necesario, la AFP PROTECCIÓN (Fl.148), entidad que contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones de la demanda, argumentando que, la demandante solicitó de manera libre y voluntaria el traslado de régimen a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, como consta en el formulario de afiliación. Por otro lado, se creó el régimen excepcional de transición para aquellas personas que cumplieran los requisitos legales establecidos para tal efecto y teniendo en cuenta que la actora para el 01 de abril de 1994, tenía 33 años de edad y no acreditaba las 750 semanas cotizadas, al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social, no era beneficiaria del régimen de transición. Presentó como excepciones de fondo las de «declaración libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP», «buena fe por parte de AFP Protección S.A.», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afectar derechos de terceros de buena fe», «prescripción» y «excepción genérica» (Fls.170 a 176).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de febrero de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la accionante a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN el 10 de mayo de 1999 y la subsiguiente con la AFP PORVENIR el 28 de enero de 2000 y finalmente la correspondiente al 10 de agosto de 2008; como consecuencia de ello, ordenó a la AFP PROTECCIÓN a trasladar el valor de saldos, aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con destino a COLPENSIONES; de otro lado, ordenó a la AFP PORVENIR a devolver los gastos de administración proporcionalmente al tiempo de su afiliación, así como las comisiones del RAIS con destino al RPMPD, incluso con cargo a sus propias utilidades y de manera proporcional; por lo anterior, ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la accionante y a recibir el monto de saldos, aportes, rendimientos y gastos de administración y sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho sobre el particular. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda y sin condena en costas a las partes.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que conforme a la edad de la demandante y al número de semanas que cotizó, 331.29 llevó a la conclusión que la misma no es beneficiaria del régimen de transición. Por otro lado, al momento de proferir la sentencia, la accionante contaba con 59 años de edad y un total de 1359.87 semanas cotizadas, de acuerdo al reporte de octubre de 2019. De esta forma, precisó el a quo que la demandante tiene un traslado y dos cambios de administración, el primero que lo fue DAVIVIR en el año 1999 y posteriormente con Porvenir del 28 de enero de 2000, situación que se extendió hasta septiembre de 2008, donde cambió de administrador ante Protección, de esta situación observó que los formularios ante Davivir como el de Porvenir se encontraron acreditados; empero, el segundo cambio de administrador, ante Protección que es el que le da la continuidad en el RAIS y hasta el momento en que se da la contestación de la demanda, en 2019; no obstante, este formulario no se aportó a la demanda, razón por la cual y habiendo acogido la postura de la Corte Suprema de Justicia sobre el principio de la libre escogencia personal permeada en la existencia de un vicio del consentimiento que conlleva a una nulidad o la ineficacia en el sentido estricto, por la inexistencia de uno de los requisitos jurídicos fundamentales para acreditar el acto jurídico de traslado. Por lo anterior, el Despacho analizó sobre el acto de afiliación que para el caso en concreto fue en 1999 para Davivir y posteriormente con Porvenir del 28 de enero de 2000, luego del cambio de administración para

Protección, inscripción que debe tener un contenido mínimo y fundamental, esto es que se debió documentar los formularios del traslado y en caso de ausencia de esta documentación, fue establecido por la Corte Suprema de Justicia que debe tenerse desde el momento de la afiliación y bajo la Ley 100 de 1993 el suministro de información al afiliado o usuario sobre el Sistema pensional; indicando que el simple consentimiento firmado en un formulario no es suficiente para la acreditación del deber de información, pues se requiere de la existencia de un consentimiento informado; la carga de la prueba corresponde al Fondo de pensiones y el suministro del deber de información debe darse si la persona tiene o no un derecho consolidado o si está cerca o no de pensionarse, conforme a las particularidades de cada asunto. Indicó que, debía tenerse en cuenta lo anterior, pues la ineficacia o nulidad no pueden operar de manera automática, ya que las circunstancias anteriores se deben analizar en situaciones concretas en las cuales se determinen, verbigracia perjuicios, inexistencia de la libre escogencia o la condición de adversidad de uno u otro régimen en la medida en que no se haya dado un cumplimiento efectivo de las reglas de información que versa sobre unos componentes y unos requisitos, tales como la ilustración de características con condiciones de acceso y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ello sobre el suministro de la información necesaria para dar a conocer la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Concluyó que en el caso bajo estudio, conforme a los formularios allegados, no encontró la información cualitativa ni una asimetría en el carácter de información, teniendo en cuenta que la demandante es una auxiliar de enfermería, siendo necesario que el Fondo ofreciera información acorde a la condición económica o a la situación socio-laboral, por el contrario, la información fue totalmente breve; tampoco, le brindó una información particular ni pormenorizada a la demandante, tratándose de las previsiones del amparo del periodo de gracia para analizar las condiciones del régimen de prima media y su retorno. Concluyendo que, no habiéndose aportado los requisitos para la acreditación de las condiciones, el a quo lo derivó en la ineficacia en el sentido estricto de la afiliación. Finalmente, preciso que la excepción de prescripción propuesta no es viable pues el órgano de cierre ya estipuló que los casos de ineficacia y nulidad del traslado, son imprescriptibles y en cuanto a los gastos de administración, señaló que dichas expensas deben ser retornadas cuando no se haya demostrado una efectiva gestión.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de PROTECCIÓN, apeló la decisión de manera parcial, pues a su juicio, los gastos de administración incluyen pagos a los servicios previsionales

y los mismos incluyen descuentos amparados legalmente para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual. Igualmente, el a quo desconoció el principio de igualdad que debe existir entre las partes, toda vez que concedió la devolución de los dineros pagados por concepto de gastos de administración y a su vez, concedió la devolución de los rendimientos que se generaron, ignorando la gestión profesional que realizaron los asesores del Fondo privado para que estos recursos hayan crecido exponencialmente, situación que perjudicó a esta administradora y constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora.

De igual modo, la apoderada judicial de PORVENIR, interpuso recurso de apelación de manera parcial, habiendo considerado que, no es procedente la procedencia de ineficacia del traslado ya que el Legislador previó su aplicación para aquellos casos en que existieron actos con dolo y en este caso no fue acreditado por ninguna de las partes, pero sí, que la actora suscribió el formulario con esta administradora. Además, la inversión de la carga de la prueba para el año de 2000 esta prueba era el formulario de afiliación, razón por la cual, no hay más documentos que soporten la validez de la información y los traslados horizontales que realizó la accionante confirman su interés por permanecer al RAIS, de manera libre y voluntaria con su cotización por varios años a esta régimen. En cuanto a los gastos de administración, la Superintendencia Financiera ya precisó que en los casos de ineficacia por traslado, los montos susceptibles de retorno son los aportes y rendimientos, ya que los gastos de administración no corresponden a valores que les pertenezcan a los afiliados en el régimen pensional pues estos no financian la pensión de vejez.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES solicitando que se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. también presentaron alegatos en similares términos a los indicados en la alzada. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 31 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 09 de marzo de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 09 de marzo de 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

petición elevada ante COLPENSIONES el 21 de abril de 2017 (Fls. 68 a 75), es decir, cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos tenía 9.28 semanas cotizadas a (fl. 45), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 10 de mayo de 1.999 (Fl. 177), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 177), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN, antes DAVIVIR.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada DAVIVIR en su momento, omitió en el momento del traslado de régimen (10 de mayo de 1.999, fl. 177), el deber de información para con la

promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes por pasiva, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen pensional. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliada.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

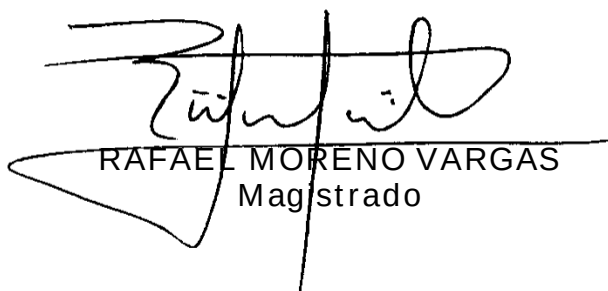
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA VICTORIA FRANCO RODRIGUEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-012-2019-00169-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARIA VICTORIA FRANCO RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria en la que pretende dejar sin efectos la afiliación al sistema de ahorro individual con solidaridad realizada con los fondos de pensiones COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A Y OLD MUTUAL S.A., pues tal traslado fue originado con omisión en la información. En consecuencia solicita se declare que permanece afiliada sin solución de continuidad al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida –RPMPD administrado por COLPENSIONES, se ordene a OLD MUTUAL S.A. realizar el traslado de los aportes de la actora de su cuenta de ahorro individual con destino a COLPENSIONES, se ordene a COLPENSIONES recibir los aportes de pensión de la actora procedentes de OLD MUTUAL S.A. y como consecuencia, reactivar su afiliación en el RPMPD. Los gastos y costas del juicio. Finalmente, como pretensión subsidiaria se ordene a OLD MUTUAL S.A.

reconocerle su pensión de vejez en los mismos términos, de edad, monto y condiciones del RPMPD.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 25 de abril de 1959; que viene laborando y cotizando al sistema de pensiones desde el 20 de enero de 1977. Preciso que cuando inició a laborar, la primera entidad a la que cotizo fue el INSTITUTOS DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS hoy COLPENSIONES, en el año 1998 se trasladó de fondo de pensiones la cual en su momento era la AFP COLFONDOS, donde el asesor del momento le prometió que su pensión sería mucho mejor que estar en el ISS, por consiguiente era mejor el traslado, por lo que decidió cambiar de fondo de pensiones, la señora FRANCO RODRIGUEZ además de estar en COLFONDOS S.A, también estuvo afiliada a pensiones SANTANDER S.A hoy PROTECCION S.A y desde el mes de noviembre de 2005 como último fondo SKANDIA S.A hoy OLD MUTUAL S.A., enfatizó que para el 26 de junio de 2015 presentó ante COLPENSIONES solicitud de traslado al régimen de prima media con prestación definida, la cual le fue negada por la entidad, donde OLD MUTUAL S.A le manifestó que no puede trasladarse de fondo, pues le falta menos de 10 años para pensionarse, puntualizando que le solicitó a COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A y AFP OLD MUTUAL S.A, que dejara sin efectos la afiliación, puesto que se había generado una omisión por parte de ellos mismos, solicitándoles también copia de los formularios de afiliación, historia laboral, extracto de la cuenta de ahorros individual y proyección de su pensión en los dos regímenes pensionales. Manifestó que en la administradora de pensiones donde estuvo por última vez le explicaron que según los aportes realizados con los salarios devengados, le sería imposible obtener una pensión igual o semejante a la que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, señaló que cuando cumplió los 45 años de edad, es decir, el 25 de abril de 2004, la AFP COLFONDOS S.A, no le informó si deseaba continuar en el RAIS, o si se quería trasladar al RPMPD ya que esa era su última oportunidad para hacerlo (Fls. 129 a 140).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra argumentando para tal efecto, que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen, y que la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de

manera libre, espontánea y sin presión, dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de demanda. En razón a ello, la demandante fue válidamente afiliada a la AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD-MUTUAL y no probó error, fuerza o dolo, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad y/o ineficacia, puesto que las causales de nulidad son taxativas. Formuló como excepciones de fondo las de «integración del litisconsorte necesario», «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «innominada o genérica», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 144 a 150).

Por su parte, PROTECCION S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra al considerar que es cierta la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN en fecha 30 de septiembre de 2005, siendo la misma un acto libre, voluntario e informado, consecuencia de un traslado entre administradoras. En lo demás, la demandante ha estado afiliada a tres administradoras de fondos de pensiones diferentes dentro del RAIS. Lo anterior con la aclaración que los respectivos asesores comerciales de PROTECCIÓN, entregaron toda la información requerida a los potenciales clientes, específicamente a la demandante, en consecuencia, no es cierto que PROTECCIÓN o sus representantes comerciales hayan omitido información a la demandante ni antes ni con posterioridad a que firmara su afiliación, afirmó que el contrato de afiliación celebrado entre PROTECCIÓN y la demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento de la demandante ni se le ocultó información antes del momento de la firma ni al momento de afiliarse a PROTECCIÓN. Formuló como excepciones de fondo las de «Validez de la afiliación a protección», «Buena fe», «Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho», «Prescripción» e «Innominada o genérica» (Fls. 164 a 169).

Del mismo modo, SKANDIA S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra al considerar que atendiendo a que la afiliación que se realizó entre la demandante y SKANDIA S.A., goza de plena validez ante la ley, por tanto se puede afirmar que el traslado de AFP no presenta ningún vicio del consentimiento, precisó que la elección libre y voluntaria de la demandante se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, la accionante al momento de afiliarse a la AFP SKANDIA S.A. venía de estar afiliada con otra AFP, por ende ya tenía un conocimiento del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los

argumentos ya conocidos por la demandante, por lo anterior, debe tenerse en cuenta que la demandante se encuentra afiliada actualmente al RAIS. Formuló como excepciones de fondo las de «Prescripción», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Buena fe» y «Genérica» (Fls. 197 a 203).

A su vez, COLFONDOS contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra argumentando para tal efecto que, la actora se trasladó válidamente a COLFONDOS S.A. haciendo uso de su libre escogencia, siendo debidamente informado de las características de cada régimen. De otro lado, no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la parte demandante con la vinculación formal a la AFP COLFONDOS S.A. pues la parte demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden para manifestar sus inconformidades, o volver al Régimen de Prima Media, no lo hizo. Enfatizó en que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado que pretende la demandante, finalmente en cuanto al vicio del dolo, sólo hacen una serie de manifestaciones tendientes a señalar que esta entidad engañó a la actora, induciéndola a trasladarse a este Fondo, sin siquiera intentar demostrar la supuesta conducta maliciosa, por último, indicó que un asunto de vital importancia es el que se refiere a la prescripción de la acción, si se tiene en cuenta que la nulidad de los actos debe demandarse dentro de un término expresamente señalado por la ley, que en el presente caso, no fue tenido en cuenta por la demandante. Formuló como excepciones de fondo las de «Inexistencia de la obligación», «Carencia de derecho», «Prescripción», «Buena fe», «Compensación y pago», «Incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios reclamados» e «Innominada o genérica» (FL 236).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de febrero de 2021, absolvió a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN y, la vinculada como litisconsorte necesario OLD MUTUAL, hoy SKANDIA de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por la demandante y no condenó en costas en la instancia.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló para la demandante no solo operó un traslado inicial con COLFONDOS, del cual no muestra en el formulario prueba de información brindada a la afiliada, sin embargo, el hecho de

acreditar la afiliación a fondo de pensiones voluntarias, daba cuenta que la actora fue informada a partir de ese formulario de las implicaciones o los accesos frente a fondos de pensiones voluntarios, teniendo en cuenta incluso la condición de la voluntad de ahorro, así las cosas, no se podía generar una consecuencia automática, máxime, cuando se han generado dos cambios de administradoras; analizó en igual sentido el ánimo de permanencia en el RAIS y simplemente poniendo reparos con relación al servicio, siendo consiente, que en el RAIS debía hacer trámites sobre el bono pensional y sobre determinados asuntos los cuales eran de consciencia de la demandante, que fueron reconocidos en el interrogatorio de parte y que dan cuenta de querer permanecer en el RAIS, de tal modo tiene efectos plenos la afiliación a dicho régimen pensional.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque, argumentando para tal efecto, que no encuentra razones válidas esbozadas durante la motivación de la decisión del despacho, en cuanto a la ineficacia y carga de la prueba de los fondos. En referencia, al revisar cuando se le pregunto a la actora si conocía de COLPENSIONES y del fondo privado y ¿cómo iba a ser su pensión? ella respondió “que los últimos 10 años”, acorde a este análisis no se da cuenta de que le demostraran lo que realmente es, y cualquier persona podría notar el detrimento de su pensión; que el otro argumento es acerca de que en efecto hizo un ahorro voluntario como cualquier persona puede hacerlo, lo cual es muy diferente frente al ahorro obligatorio de pensión, que en este caso va en detrimento de lo que va a ser su pensión, sin ser excluyente el uno del otro, en tal razón, esto no tiene como consecuencia que el fondo pierda su deber de información, con base en lo expuesto por OLD MUTUAL, fue la demandante quien se percató que en ningún momento recibió asesoría respecto de este asunto, y no fue sino hasta allí cuando, como muchos afiliados, se dio cuenta del detrimento que se le causaba.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los demandados presentaron alegatos de conclusión solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. La demandante, alegó solicitando se revoque la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 17 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 25 de abril de 1959, por lo que la

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 26 de junio de 2015 (Fl. 19), es decir, cuando se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas contaba con 486,71 semanas de cotización (CD fl. 155), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 30 de diciembre de 1997 con la AFP COLFONDOS, específicamente, conforme la información registrada en el historial de afiliaciones reportado por Asofondos (fl. 170).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones o requisitos pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte del formulario de vinculación que da cuenta de su voluntariedad para el efecto, que en este caso no fue siquiera aportado al plenario, éste en todo caso, no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le hubiera brindado la información necesaria y pertinente que se traduzca en una asesoría cierta y real que se corresponda con el buen consejo

respecto de su situación pensional a fin de que tomará una decisión consiente y realmente libre e informada sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado la información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (30 de diciembre de 1.997), en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado aportes voluntarios, incluso por el hecho de haber efectuado traslado entre AFP's del mismo RAIS, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna al momento del traslado, de modo que no convalida y/o sana la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de no haberse orientado sobre las características propias del RAIS al momento del inicial traslado de régimen, que es lo que debe acreditarse al tenor de las citadas sentencias de tutela.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando el demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP SKANDIA S.A., por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculado la actora, trasladar a la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración, así como los valores pagados por seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se REVOCARÁ la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN Y SKANDIA S.A.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, DECLARAR la INEFICACIA del traslado y la afiliación efectuada por la señora MARIA VICTORIA FRANCO RODRIGUEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la AFP COLFONDOS S.A. el 30 de diciembre de 1997; y como consecuencia de ello, ORDENAR a **SKANDIA** S.A., entidad donde se encuentra afiliada actualmente la accionante, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración, así como

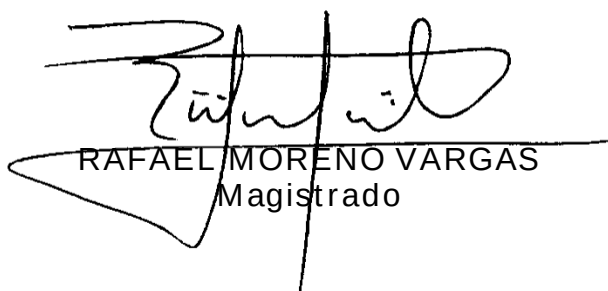
los valores de los seguros previsionales, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de las accionadas COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN Y SKANDIA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLAUDIA PATRICIA ACOSTA BUITRAGO contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP SKANDIA S.A. Rad 110013105-026-2019-00358-01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de febrero de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA PATRICIA ACOSTA BUITRAGO promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS a través de la AFP PORVENIR efectuada en febrero de 2004 y nuevamente, en junio de 2014. En el mismo sentido, se declare la nulidad de la afiliación al RAIS realizada por medio de la AFP SKANDIA en agosto de 2013 y octubre de 2015, en consecuencia, se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, administrado por COLPENSIONES; se condene a SKANDIA a trasladar la totalidad de los aportes que se encuentren en su cuenta individual, incluidos bonos, aportes, rendimientos y comisiones a COLPENSIONES, entidad que deberá activar su afiliación y actualizar su historia laboral. Lo anterior, más la condena en costas, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el 27 de julio de 1964, que estuvo afiliada al ISS desde el 01 de junio de 1989 hasta el 16 de febrero de 2004, fecha para la cual se trasladó del RPMPD a la AFP privada PORVENIR; indicando que la administradora privada no le informó las implicaciones y desventajas del traslado del régimen, así como no realizó la proyección del monto pensional que recibiría en uno y otro régimen, pese a que la entidad conocía su número de semanas cotizadas y el promedio salarial sobre el cual cotizaba. Que el 01 de agosto de 2013 se afilió a la AFP SKANDIA, entidad que tampoco le brindó la información sobre las implicaciones y desventajas del traslado, ni comparó los montos pensiones que le corresponderían en cada régimen. Asimismo, explicó que en junio de 2014 se afilió nuevamente a la AFP PORVENIR, no obstante, regresó a la AFP SKANDIA en octubre de 2015. Aseveró que durante su permanencia en el RAIS, no recibió una asesoría profesional sobre las diferentes opciones en tratándose de regímenes pensionales, por ello, contrató una asesoría integral en la que se percató de que la AFP PORVENIR la había engañado. En consecuencia, el 19 de junio de 2018 elevó peticiones ante COLPENSIONES y PORVENIR solicitando la nulidad del traslado, sin embargo, ambas entidades negaron su pedimento por ser improcedente. Asimismo, manifestó que la AFP SKANDIA también negó su solicitud de nulidad de traslado. Finalizó expresando que laboró hasta el 13 de diciembre de 2018 y cotizó 1.018 semanas al Sistema General de Pensiones (Fls. 3 a 33).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo para tal efecto que, no medio ni estuvo presente durante la asesoría que PORVENIR y SKANDIA brindaron a la demandante. Igualmente, manifestó que la demandante debe acreditar que existió un vicio en el consentimiento a la hora de trasladarse al RAIS, máxime teniendo en cuenta que aquella decidió de forma libre y voluntaria afiliarse a la AFP privada, que en señal de ello, firmó el formulario de afiliación. Agregó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen estatuida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Afirmó que para el momento del traslado de régimen, la demandante estaba a 15 años de alcanzar la edad de pensión, por lo cual, no era posible para las administradoras privadas indicar cuál era el régimen más favorable para su situación pensional. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «inexistencia de la obligación» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 97 a 104).

La AFP SKANDIA S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que, la demandante realizó dos afiliaciones ante esa administradora, la primera desde el 01 de octubre de 2013 hasta el 31 de mayo de 2014, y la segunda, vigente desde el 01 de octubre de 2015. Expuso que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del artículo 13, literal e de la Ley 100 de 1993 por estar a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Afirmó que la elección del régimen pensional es una decisión libre y voluntaria del afiliado, por lo cual, la demandante al afiliarse al RAIS aceptó todas las condiciones propias del régimen, máxime cuando aquella provenía de la AFP privada PORVENIR. De otro lado, aseveró que no es procedente ordenar el reintegro de los gastos de administración, toda vez que se causaron por su gestión a la hora de administrar la cuenta de la demandante, igualmente, que no procede el traslado de las sumas descontadas por seguros previsionales, en tanto, fueron destinados al seguro de invalidez y muerte de la demandante. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «buena fe», «los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor» y «genérica» (Fl. 108 a 118).

La AFP PORVENIR, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, la afiliación de la accionante fue libre espontánea, sin presiones, con el lleno de los requisitos de ley y que esto lo ratificó al no ejercer su derecho de retracto en la oportunidad permitida, aun cuando en el 2004 publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad de los afiliados de trasladarse entre regímenes. Resaltó que la demandante se trasladó entre administradas privadas sin expresar inconformidad alguna con la información suministrada, ni alegar un vicio en el consentimiento, pues aquel es inexistente, en tanto, al momento del traslado tenía plena capacidad para comprender las implicaciones de su decisión, y aun si hubiere existido habría sido saneado con el pasar del tiempo. Explicó que no es procedente la declaratoria de nulidad pues la actora no acreditó ninguna de las eventualidades para tal efecto. Finalmente, expuso que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «genérica» (Fl. 172 a 196).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, a partir del 2004, en consecuencia, condenó a la AFP SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por la accionante junto con los rendimientos financieros y sin deducción alguna por concepto de administración; así mismo, condenó a COLPENSIONES para que acepte dicho traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- ha sostenido que en los casos de nulidad debe analizarse, si el acto jurídico que generó el vínculo resulta o no eficaz, entendiéndose que para que se tenga que la decisión del afiliado fue libre y voluntaria, se debe determinar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos y beneficios que implica el traslado de régimen, es decir, que la entidad debe acreditar que brindó una información integral y completa que permita una manifestación de voluntad autónoma y consciente. Así mismo, indicó que, conforme a la jurisprudencia laboral, desde su creación las AFP han tenido la obligación de brindar información a los afiliados o usuarios del Sistema Pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una información consciente y totalmente libre sobre su futuro pensional, precisando que si bien es cierto para el 2004, la AFP privada no debía realizar una proyección de la mesada pensional que recibiría la demandante, sí tenía la obligación de brindar las características propias de cada régimen, explicando cómo se liquidaría su mesada. Además, sostuvo que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación es insuficiente, ya que se debe acreditar que se brindó la información suficiente y completa al afiliado, situación que no encontró probada por dicho documento. En ese orden, advirtió que el fondo de pensiones PORVENIR no acreditó que la demandante haya suscrito el formulario de afiliación en virtud de un consentimiento debidamente informado, adecuado y completo respecto de las características propias del régimen de ahorro individual. En relación a los traslados horizontales efectuados por la actora, aseveró que aquellos no convalidaron la falta de información, máxime cuando aquellos acontecieron cuando estaba a menos de 10 años para alcanzar el derecho pensional, es decir, que no podía regresar al RPMPD. En cuanto a la prescripción, explicó que en tratándose de asuntos ligados al derecho pensional de la demandante, la acción no está llamada a prescribir.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR apeló la decisión, precisando que, la demandante recibió de forma verbal la información clara y completa al momento del traslado de régimen, por lo cual, la AFP solo puede acreditar que cumplió con su obligación por medio del formulario de afiliación, no obstante, afirmó que los traslados horizontales realizados por la actora y su aquiescencia con los descuentos realizados por la AFP, dan cuenta de su voluntad de permanecer afiliada al RAIS. A su vez, argumentó que no se acreditó una conducta dolosa por parte de la AFP, sin la cual no se cumplen los presupuestos para la declaratoria de la ineficacia conforme a la Ley 100 de 1993. Añadió que el formulario de afiliación suscrito por la demandante contiene la afirmación de que conociendo los efectos jurídicos del traslado los acepta libre y voluntariamente, sin presiones ni engaños y comprendiendo que puede ejercer el derecho de retracto. En ese orden, afirmó que la demandante actuó negligentemente al no leer el formulario de afiliación y al no ejercer su derecho de retracto. Adujo que la prohibición de traslado estipulada por la Ley 797 de 2003 obedece a la protección del sistema general de pensiones y al principio de estabilidad financiera, así, a su juicio, no es dable que la demandante alegue un vicio en el consentimiento por falta de información, solo porque la pensión no es acorde con sus expectativas económicas. De otro lado, arguyó que no es procedente ordenar el traslado de los gastos de administración, dado que con ellos se financian los seguros de invalidez y muerte, emolumentos que no están llamados a financiar la pensión, de forma que prescriben. Finalizó manifestando que de conformidad con la Superintendencia Financiera, solo procede el reintegro de los rendimientos y de los fondos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin incluir la prima de seguros y los gastos de administración, de lo contrario se generaría un enriquecimiento en favor de COLPENSIONES.

El apoderado judicial de la AFP SKANDIA, apeló parcialmente la decisión, solicitando se revoque el numeral segundo, arguyendo para tal efecto que, dando cumplimiento a la ley administró la cuenta de la demandante generándole rendimientos con los cuales financiará la pensión, asimismo que pagó el seguro previsional para que la demandante estuviera asegurada durante toda la afiliación. Agregó que la AFP brindó varias asesorías a la actora, tal como aquella lo manifestó en el interrogatorio de parte, en las cuales conoció que podía trasladarse al RPMPD y cuáles eran las circunstancias que rodearían su futuro pensional. Concluyó que cumplió con sus deberes, por lo cual, no debe asumir la responsabilidad de la ineficacia, máxime cuando afilió a la demandante siguiendo el principio de la buena fe, toda vez que confió en un acto que parecía legal, de allí que no podía negarse a recibirla.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo introductorio del proceso, solicitando que se revoque la decisión, en tanto no procede la declaratoria de ineficacia del traslado. De la misma manera, la demandante presentó alegaciones de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, SKANDIA guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 35 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como su fecha de nacimiento el 27 de julio de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la peticiones elevadas ante COLPENSIONES, PORVENIR y SKANDIA el 19 de junio de 2019 (fls. 50, 53 y 56), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas contaba con 28,5 semanas de cotización, equivalentes a 6 meses y 20 días (fls. 36 a 38), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de febrero de 2004 (Fl. 48 y 198), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues

en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 48 y 198), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (16 de febrero de 2004, fl. 48), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes por pasiva, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco asiste razón por la eventual amenaza al principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto las AFP

tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no incide que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen; precisándose, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de no haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliada.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en

este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

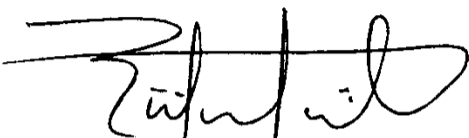
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MANUEL ARTURO SAMPER ALUM contra COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN Rad 110013105-005-2019-00245-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte actora (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor MANUEL ARTURO SAMPER ALUM promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS efectuada a través de la AFP PROTECCIÓN el 01 de mayo de 1999, toda vez que existió un vicio en el consentimiento y se declare que se encuentra legalmente afiliado a COLPENSIONES. En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a registrar en su base de datos que nunca se afilió válidamente a dicha AFP, en tanto no suministró la información debida al momento de la afiliación; se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación y a actualizar su historia laboral teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas en el RAIS. Lo anterior, más la condena en costas, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el 22 de septiembre de 1956, que estuvo afiliado al ISS desde el 16 de enero de 1978 hasta el 30 de abril de 1999, fecha para la cual efectuó el traslado de régimen a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.; indicando que la administradora privada no le informó las

implicaciones del traslado de régimen, ni las características o desventajas del RAIS, así como no realizó una comparación de la pensión en uno y otro régimen, pese a que la AFP conocía el número de semanas cotizadas y el promedio salarial sobre el cual cotizaba. Que durante la vinculación al RAIS nunca recibió una asesoría profesional, completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para elegir el régimen pensional, por lo cual, contrató una asesoría particular en la que se enteró de que había sido engañado por la AFP PROTECCIÓN. Por lo anterior, el 11 de julio de 2018 elevó peticiones ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., solicitando la nulidad de la vinculación al RAIS y la activación de la afiliación en el RPMPD, alegando un vicio en el consentimiento (Fls. 2 a 29).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo para tal efecto que, no es procedente declarar la nulidad de la afiliación, en tanto el demandante se afilió válidamente y en señal de ello efectuó las cotizaciones en la AFP PROTECCIÓN de manera libre, espontánea y voluntaria. Señaló que el demandante no acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento. Afirmó que, al suscribir el formulario de afiliación, el actor adquirió obligaciones, tales como la de informarse sobre las consecuencias del traslado, información que pese a que es pública no fue consultada por aquel, siendo así un error de derecho en los términos del artículo 1509 del Código Civil, el cual no vicia el consentimiento. Aseveró que COLPENSIONES debe ser absuelta de las pretensiones, en tanto no podía conocer que existía un vicio en el consentimiento del actor a la hora de realizar el traslado. Presentó como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (fls. 74 a 82).

La AFP PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que, al momento del traslado un asesor debidamente capacitado brindó toda la información al demandante, incluyendo características, ventajas y desventajas de cada régimen, por lo cual, el actor se decidió de forma libre, voluntaria e informada trasladarse de régimen. Aclaró que PROTECCIÓN le brindó una re asesoría al accionante el 12 de agosto de 2008, esto es, antes de que faltaran 10 años para alcanzar el derecho pensional, en la cual, dio a conocer al demandante un cálculo

actuarial de la mesada pensional que recibiría en uno y otro régimen, siendo más alta la correspondiente al RPMPD, empero, aquel decidió aplazar su decisión de traslado. Aseveró que la afiliación realizada por el demandante al RAIS fue válida, por cuanto confluyeron los elementos para la existencia y validez del acto, especialmente la manifestación de su voluntad al firmar el formulario de afiliación, sin existir vicio en el consentimiento, ni error o engaño alguno. Presentó como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación al RAIS con Protección», «buena fe», «prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación», «inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho» e «innominada o genérica» (Fls. 94 a 100).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de noviembre de 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y declaró probada la excepción de saneamiento de la nulidad.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la AFP PROTECCIÓN S.A. cumplió con la carga de la prueba que le correspondía, al demostrar que brindó una re asesoría al demandante antes de que cumpliera los 52 años de edad, permitiendo que aquel tuviera los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión libre e informada. Preciso que si bien es cierto, el formulario de afiliación no acredita que el demandante hubiera recibido la información suficiente al momento del traslado, la re asesoría brindada por PROTECCIÓN en el 2008, saneó el vicio del consentimiento, dado que para esa data, la AFP le advirtió que no era conveniente que permanecería afiliado al fondo privado y le dio a conocer una proyección pensional, en la que se evidencia que su mesada sería mayor en el RPMPD. Asimismo, afirmó que el actor reconoció que era su firma la obrante en los documentos de la re asesoría, incluida la proyección pensional, aunado a que los mismos no fueron tachados, en consecuencia, tienen plena validez para demostrar que el demandante conoció y entendió su contenido. En ese sentido señaló que pese a que el actor tiene plena capacidad legal y es profesional, decidió aplazar su decisión de trasladarse al RPMPD, pese a que en la re asesoría le indicaron que permanecer en el RAIS era desfavorable para sus intereses pensionales, siendo negligente con su situación pensional. Agregó que la AFP demostró que se saneó el vicio en el consentimiento y que brindó una información cualificada en los términos del artículo 12 del Decreto 720 de 1994, vigente para el momento del traslado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión, suponiendo que allí se declaró la nulidad del traslado del demandante. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Pese a que la parte demandante no aportó siquiera el documento de identificación donde se acredita la fecha de nacimiento, se advierte de los distintos documentos aportados al plenario que el señor MANUEL ARTURO SAMPER nació el 22 de septiembre de 1956 (fls. 102, 126 a 131), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN el 11 de junio de 2018 (Fls. 30 y 33), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años de cumplir la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas contaba con 520 semanas de cotización, equivalentes a 10 años, 1 mes y 13 días (fls. 126 a 131), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 01 de junio de 1999 (fl. 102), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fl. 102), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (el 01 de junio de 1999), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que al actor hubiese efectuado una reasesoría por parte de la AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna al momento del traslado, de modo que no convalida y/o sana la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de no haberse orientado sobre las características propias del RAIS al momento del inicial

traslado de régimen, que es lo que debe acreditarse al tenor de las citadas sentencias de tutela.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando el demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PROTECCIÓN S.A., por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculado el actor, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se REVOCARÁ la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de PROTECCIÓN S.A.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, DECLARAR la INEFICACIA del traslado y la afiliación efectuada por el señor MANUEL ARTURO SAMPER ALUM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la AFP POTECCIÓN S.A. el 01 de junio de 1999; y como consecuencia de ello, ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– todos los aportes efectuados por el demandante, es decir los saldos de su cuenta individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por este por seguros previsionales, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que acepte el traslado del accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

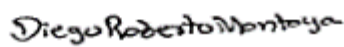
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por YOLANDA TEHERAN GOMEZ contra RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. - COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA. Rad. 110013105-026-2019-00547-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de febrero del 2021.

ANTECEDENTES

La señora YOLANDA TEHERAN GOMEZ interpuso demanda ordinaria laboral, en contra de COLMENA SEGUROS S.A, a fin de que se declare que en su condición de madre superviviente de LUIS DAVID TEHERAN GÓMEZ (Q.E.P.D.), tiene derecho a la pensión de sobreviviente; en consecuencia se ordene a COLMENA liquidar y efectuar su pago desde la fecha de la muerte del causante, esto es, el 09 de octubre de 2014; del mismo modo se condene a COLMENA a pagar la indexación de las mesadas pensionales causadas hasta la fecha de la sentencia.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que su hijo LUIS DAVID TEHERAN GOMEZ (Q.E.P.D) nació el 24 de enero de 1995, que fue contratado por la empresa COEX LTDA INGENIEROS CIVILES en el cargo de ayudante de máquina, siendo afiliado a COLMENA SEGUROS S.A. para la cobertura de riesgos laborales, desde el 2014-9-19. Que el 8 de octubre de 2014, cuando cumplía sus funciones laborales sufrió un accidente al caer del «bun» de la máquina, lo que le ocasionó la

muerte al trabajador; agregó que dependía parcialmente de la ayuda económica que le brindaba su hijo, ya que trabajaba esporádicamente como empleada de servicio doméstico, siendo la contribución de su hijo necesaria para sus necesidades básicas; precisó que al momento de su deceso no dejó descendencia, ni tampoco tenía esposa o compañera permanente. Resaltó que en la comunicación RLIM 1512000014 de fecha del 5 de enero de 2015 COLMENA le notificó a COEX LTDA que el evento en el que perdió la vida el causante fue de origen profesional; posteriormente el 22 de abril de 2015, COLMENA SEGUROS le comunica que no reúne los requisitos como beneficiaria en calidad de madre del causante (Fls. 3 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLMENA SEGUROS S.A contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que no existe sustento fáctico ni jurídico para pretender el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, debido a que no se encuentra demostrado que para la época del fallecimiento del causante la señora YOLANDA TEHERAN dependiera o recibiera ayuda económica del mismo; argumentó que LUIS DAVID TEHERAN (Q.E.P.D) empezó su vida laboral el 19 de septiembre de 2014, y la fecha de su deceso fue el 8 de octubre de 2014, es decir, que trabajó por espacio de 19 días y previo a esto, no trabajaba, lo que permite inferir que según el informe de la investigación, él dependía económicamente de su madre. Formuló como excepciones las de «inexistencia de la obligación y falta de causa», así como la de «prescripción» (Fls. 50 a 56).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 9 de febrero del 2021, declaró que la demandante no acreditó la dependencia económica respecto del causante, en consecuencia, absolvió a la demandada COLMENA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, no se logró determinar que el causante hubiera colaborado económicamente a la demandante, al punto de lograr una dependencia, pues destacó que al momento de su fallecimiento el causante contaba con 19 años de edad y hacía poco había terminado de prestar el servicio militar obligatorio, el cual prestó por un lapso de año y medio, periodo durante el cual se encontraba fuera de su casa sin lograr demostrar que le colaboraba económicamente a su madre. De lo anterior resaltó que el causante trabajaba esporádicamente en la

venta de frutas, con lo cual sus ingresos no serían determinantes para ayudar en su hogar, más aún cuando era menor de edad al desempeñar dicha actividad, es decir, que el causante dependía del cuidado e ingreso de su madre hoy demandante y no al revés. Así mismo el despacho advirtió que el causante inició su vida laboral el 19 septiembre de 2014, y la fecha de su deceso fue el 8 de octubre de 2014, con lo cual tuvo por demostrado un trabajo formal por un periodo de 19 días; sin embargo no se demostró que el causante colaborará de manera determinante en su hogar, pues solo alcanzó a recibir una quincena sin que se demuestre que el producto de la misma fue con destino a la ayuda económica de la demandante; resaltó que lo afirmado por los testigos es por el dicho del causante y no por una apreciación visual de los hechos, destacó que si bien no debe acreditarse dependencia total y absoluta, si debe acreditarse que la misma existió, es decir que se debe acreditar que el causante ayudaba económicamente a su madre y que esa ayuda era fundamental para la congrua subsistencia de la misma, circunstancia que no estaba demostrada; detalló que lo que en efecto se acreditó, es que previo a prestar sus servicios a la empresa, el causante se encontraba prestando el servicio militar por el lapso de año y medio sin que se haya acreditado en ese transcurso de tiempo existiera apoyo económico a su madre.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque, argumentando para tal efecto que fue deficiente el análisis probatorio efectuado por el despacho, desconociendo el antecedente del proceso de culpa patronal que cursó en el Juzgado 06 laboral del circuito de Bogotá, donde ya se había reconocido por esa dependencia al condenar a las demandadas al pago del lucro cesante; así mismo recalcó que los testigos no fueron testigos de oídas, y que si bien la vinculación del causante fue corta, la Corte no ha dicho que el origen de los recursos con que el hijo ayuda a sus padres, provengan de una relación laboral formal.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado de la demandada presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que la demandante no acreditó la dependencia económica respecto de su hijo LUIS DAVID TEHERÁN GÓMEZ. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si la demandante YOLANDA TEHERAN GOMEZ, acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de madre y dependiente económica de su hijo fallecido.

CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que el señor LUIS DAVID TEHERÁN GÓMEZ falleció el 08 octubre de 2014 a causa de un accidente de trabajo (Fls. 60 a 62). Tampoco se discute que aquel dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Es decir, que la controversia se habrá de zanjar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece en su literal d) que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Para ello es necesario indicar que la Corte Constitucional en sentencia C – 111 de 2006, declaró inexecutable la expresión que relacionaba el concepto de dependencia económica en «forma absoluta y total» como se concibió inicialmente en la norma antes citada, por tanto determinó que la dependencia económica se entiende como la falta de condiciones materiales que le permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes suministrarse para sí misma su propia subsistencia, por lo que ésta supone un criterio de necesidad, que resulta indispensable para asegurar la subsistencia de quien, como en el caso de los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir de dicha ayuda. Por ello la dependencia económica no siempre es total o absoluta, pues no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional, siempre y cuando este no los convierta en autosuficientes económicamente, valga decir, haga desaparecer la relación de subordinación frente al hijo fallecido¹.

Así pues, a voces del estudio de constitucionalidad hecho en la precitada sentencia, es imperioso reconocer la pensión de sobrevivientes a aquellos padres que a pesar de percibir ingresos adicionales o cualquier otro tipo de prestación económica del que

¹ Sentencia C-111 de 2006.

sean titulares, estos no le garantizan una autosuficiencia económica en condiciones dignas; en consecuencia, estima la citada Corporación, que no se debe demostrar por parte de los beneficiarios progenitores del causante, «una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica».

De igual forma, agrega la Corte Constitucional, es menester considerar que dada la avanzada edad los padres, ello les imposibilita abrirse campo en el mercado laboral, y procurarse un empleo que les pueda proveer un mínimo existencial, o a pesar de generarse ingresos adicionales estos son tan ínfimos, que se encuentran subordinados a la protección económica que en parte le puedan brindar sus hijos. Es por esta razón, que el precedente constitucional exige que los otros recursos adicionales que pudieran tener los padres no les alcance para su subsistencia, la cual, según la Corte, debe satisfacerse en «términos reales y no con asignaciones o recursos meramente formales».

De esta forma, la subordinación o dependencia al auxilio que se recibe del hijo fallecido, debe determinarse atendiendo a las particularidades de la situación personal del beneficiario, y lo único que debe escudriñar el Juez, es que los posibles ingresos adicionales no los haga autosuficientes económicamente, valga decir, que desaparezca el vínculo de sujeción a la ayuda pecuniaria del hijo. En este orden de ideas, en el plurimencionado pronunciamiento la Corte adoctrinó los criterios que se debían tener en cuenta para determinar si hay independencia económica por parte de los padres, al momento del fallecimiento del causante, los que se sintetizan así:

- 1) Que los recursos económicos diferentes al auxilio que reciben del hijo fallecido, no sean suficientes para que se cubran los gastos de subsistencia mínima y tener una vida digna;
- 2) El devengar un salario mínimo no determina la independencia económica.
- 3) «No constituye independencia económica recibir otra prestación². Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión

² Sentencia T-281 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993³».

4) No se desvirtúa la dependencia económica por el simple hecho que el beneficiario perciba una suma dineraria mensual o ingreso adicional.

5) Los ingresos adicionales deben ser permanentes y suficientes.

6) El hecho de tener propiedad sobre un inmueble, tampoco rompe la subordinación económica.

De igual manera, el Alto Tribunal de esta especialidad en sentencia SL4103 del 2 de marzo de 2016, ha enfatizado que la dependencia económica debe tener las siguientes características: (i) la ayuda que suministraba el causante debía ser «significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida»; (ii) tiene que ser «relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos»; (iii) y si los padres devengan otros ingresos, se hace imperioso establecer «si no eran suficientes, y si en efecto se estaba en presencia de una subordinación respecto del hijo».

Descendiendo al caso sub examine, se observa en el cauce del debate probatorio que al presente juicio se trajeron los siguientes testimonios:

JAIR ENRIQUE JUIO RIOS, quien manifestó conocer a la demandante hace 7 años y medio, ya que viven aproximadamente a 8 cuadras de distancia, explicó que la accionante vive sola, tuvo cuatro hijos, de cuales 2 murieron, recordó que tenía 4 hijos; que LUIS DAVID falleció hace 5 años, cuando trabajaba en una constructora, precisó que alcanzó a recibir su primera quincena, la cual le entregó a su madre; destacó que previo al accidente, cuando el causante tenía 15 años laboraba con él entregando ensaladas de frutas, actividad por la que le pagada \$15.000 que a la semana eran \$90.000; que en esa época la señora YOLANDA era ama de casa y trabajaba en casas de familia, destacó que el causante siempre buscaba darle dinero a su madre para que ella no pasara trabajo y para la alimentación porque su mamá no estaba recibiendo mucho dinero; detalló que de los \$90.000 que le pagaba semanalmente por su trabajo, LUIS DAVID tomaba para sí \$10.000 o \$15.000 y lo demás se lo daba a la accionante porque ella ganaba \$25.000 diarios, y el arriendo le

³ Dispone la norma en cita: «Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez»

costaba a ella \$350.000, por lo que él quería ayudarle a su mamá; aseveró que trabajó junto a él durante 3 años, porque posteriormente se fue prestar servicio militar durante año y medio. No recordó el nombre de la empresa donde trabajaba el causante, pero sí, que era ayudante de obra y supo que recibió una sola quincena; agregó que desde niño el causante le entregaba dinero a su madre, lo cual sabe porque este se lo contaba.

ENILSON BLANCO BUELVAS, quien manifestó ser hermano de la accionante, motivo por el cual fue tachado su testimonio. Refirió que esta es ama de casa ya que no tiene un trabajo estable, que vive con su otro hijo, de no abre Julio quien tiene 25 años y no tiene trabajo; recordó que para el año 2014 la actora vivía con sus hijos David, Santiago y Julio; señaló que el causante trabajaba vendiendo frutas, y en un momento le pidió que le ayudará a conseguir trabajo para poder ayudar a su mamá; que para la época Santiago no trabajaba porque tenía aproximadamente 15 o 16 años, que LUIS DAVID tenía 18 o 19 y Julio tenía 20 pero este último estudiaba y trabajaba medio tiempo para sus gastos; indicó que no le consta si la demandante estaba afiliada a la EPS y desconoce si LUIS DAVID la tenía como su beneficiaria y que si bien LUIS DAVID no corría con todos los gastos, si aportaba con lo que podía.

Por otro lado, se agregó al expediente registro civil de nacimiento del causante (fls. 19 y 66 a 67), que prueba el parentesco de la actora con el finado; certificado de afiliación del trabajador a COLMENA (fls. 58) reporte de novedad de ingreso a COLMENA (fls. 20), informe de investigación de accidente o incidente de COLMENA (fls. 21 a 22 y 60 a 62), comunicación que niega solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes de COLMENA (fls. 23 y 24).

Bajo este panorama probatorio, las declaraciones anteriores, si bien se les asigna pleno valor probatorio, lo cierto es que lo dicho por estos, en sentir de la Sala no informan con claridad las circunstancias de modo, tiempo y lugar del conocimiento de los hechos, sumado a que las afirmaciones fueron genéricas y no permiten determinar con certeza y precisión, cuál fue el nivel de ayuda económica ofrecido por el fallecido en relación con su madre.

En efecto, la valoración probatoria integral que se resalta del expediente, no permite evidenciar cuál fue el nivel de ayuda de su hijo fallecido para con su sostenimiento, advirtiendo que si bien, respecto de éstos beneficiarios la jurisprudencia ha determinado que la ayuda no debe ser total y absoluta, citando a modo de ejemplo la

sentencia SL 6558 de 2017, lo cierto es que debe acreditarse la ocurrencia de ése hecho, para así poder verificar su habitualidad, así como otros elementos que no dejen duda respecto del suministro económico del cual pueda afirmarse la asistencia económica que dé lugar al reconocimiento de la prestación, aspecto que como se indicó en precedencia, no fue suficientemente acreditado al plenario, carga probatoria que corría a su cargo, desde luego que la prueba testimonial en su mayoría, corresponden a testigos de oídas que nunca tuvieron conocimiento directo del monto ni de la periodicidad del mismo, por lo menos en la época del fallecimiento, tal como se desprende específicamente de lo depuesto por los señores JAIR ENRIQUE JULIO RIOS, ENILSON BLANCO BUELVAS, a quienes les consta lo dicho ya sea por el dicho del fallecido o de la demandante.

En efecto, no hay certeza sobre la ayuda económica del finado respecto a su madre, máxime cuando de dichos testigos, verbigracia el señor JAIR ENRIQUE JULIO quien manifestó que previo al accidente del causante laboró para él, que devengaba \$90.000 semanales cuando tenía 15 años de edad, lo cual fue durante 3 años, y que posteriormente prestó servicio militar durante año y medio lo cual define con claridad que durante un lapso de tiempo, no era posible que colaborará con los gastos de su progenitora, o al menos para época del fallecimiento, y de otra parte de la versión de ENILSON BLANCO, hermano de la accionante, puede extraerse que tal ayuda era a lo sumo, esporádica y no era determinante. Precizando finalmente que no se encontró nada respecto a una prueba trasladada de otro expediente en el cual se haya probado la dependencia económica en los términos legal y jurisprudencialmente exigidos.

Las situaciones expuestas, demuestran que la decisión de primer grado se ajustó al análisis legal y probatorio, del cual no se evidencia el cumplimiento de los requisitos exigidos por la demandante para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes invocada, y en consecuencia se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

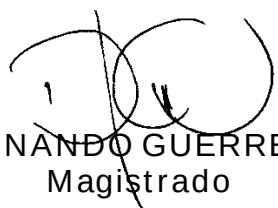
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA JEANNETTE BERNAL GRANADOS contra COLPENSIONES, AFP`S PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. Rad 110013105-038-2019-00331-01

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS), respecto de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA JEANNETTE BERNAL GRANADOS promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare que existió un vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de efectuar el traslado de régimen pensional, en consecuencia, se declare la nulidad de la afiliación al RAIS a través de la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR efectuada el 11 de agosto de 1994. En el mismo sentido, se declare que nunca dejó de pertenecer al RPMPD, administrado por COLPENSIONES; se condene a OLD MUTUAL, hoy SKANDIA, a trasladar la totalidad de los aportes que se encuentren en su cuenta individual, incluido el bono pensional y los rendimientos financieros a COLPENSIONES, entidad que deberá recibir los emolumentos trasladados. Lo anterior, más la condena en costas, así como lo Ultra y Extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el 16 de marzo de 1960, que estuvo afiliada al ISS desde el 12 de febrero de 1985 hasta el 30 de septiembre de 1995, fecha para la cual la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR, ya

había efectuado su traslado del RPMPD al RAIS, el día 11 de agosto de 1994; indicando que la administradora privada no le informó las características de cada régimen, ni las formas de causación de la pensión de vejez en cada uno de ellos, ni las probabilidades de pensionarse, así como no realizó la proyección del monto pensional que recibiría en uno y otro régimen, en consecuencia, no medio un consentimiento informado en la firma del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR. Que cotizó 1269 semanas al sistema General de Seguridad Social y que al solicitar información sobre la afiliación efectuada el 11 de agosto de 1994, la AFP PORVENIR respondió que dio la información de manera verbal, y que no tenía registro de ninguna asesoría entregada a los 47 años de edad. Que la AFP OLD MUTUAL emitió una simulación de mesada pensional en el RAIS para lo cual determinó que a los 59 años de edad tendría una mesada pensional por garantía de pensión mínima. Agregó que el 30 de abril de 2019 presentó la solicitud de vinculación a COLPENSIONES, entidad que negó el pedimento por improcedente (fls. 3 a 33).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP PORVENIR, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, la afiliación de la accionante fue libre de presiones o engaños, por ello, que firmó el formulario de afiliación, documento que se presume autentico conforme a los artículos 243 y 244 del CGP. Explicó que no es procedente la declaratoria de ineficacia pues la actora no acreditó la existencia de una conducta dolosa que atentara contra su derecho de afiliación, al tenor de artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Expuso que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003. Adujo que garantizó el derecho de retracto, en tanto, siguió la ley y publicó en el diario el Tiempo un comunicado informando a sus afiliados la posibilidad de trasladarse de régimen pensional. Finalmente, argumentó que tanto en el RPMPD como en el RAIS se deben efectuar los descuentos por gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción» y «buena fe» (Fls. 96 a 122).

La AFP SKANDIA S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que, no es procedente declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, dado que la afiliación a la AFP SKANDIA fue acorde al ordenamiento jurídico, brindándole la información necesaria para que tomara la decisión consiente de afiliarse. Adujo que la selección del régimen pensional es una decisión libre y voluntaria del afiliado conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Agregó que no es

dable el traslado de los aportes y rendimientos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, en tanto, realizó la afiliación conforme a la ley vigente para esa data y en cumplimiento del principio de buena fe. Presentó como excepciones de fondo las de «Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado», «ausencia de configuración de causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «ausencia de falta al deber de asesoría e información», «los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor», «prescripción», «buena fe» y «genérica» (Fls. 132 a 140).

A su turno, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo para tal efecto que, la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, en tanto, no probó la existencia de error, fuerza o dolo. Que la actora efectuó el traslado de régimen con plena voluntad, suscribiendo el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR, cumpliendo con los presupuestos establecidos en las sentencias C 124 de 2004 y C 789 de 2002 basadas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Adujo que la actora no tenía una expectativa legítima para el 01 de abril de 1994, en tanto, no cumplía con los requisitos de edad y/o tiempo de servicio. Agregó que la accionante en calidad de afiliada tenía deberes, tales como el de informarse respecto del formulario de afiliación que suscribió, aunado a que, no ejerció el derecho de retracto sino que permaneció afiliada al RAIS por más de 15 años sin manifestar inconformidad alguna. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «innominada o genérica» (Fls. 181 a 189).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de febrero de 2021, ordenó a OLD MUTUAL, hoy SKANDIA, adelantar de forma conjunta con COLPENSIONES todas las gestiones administrativas y financieras requeridas para la aprobación del traslado de la actora al RPMPD, tal como si se hubiera efectuado dentro de los términos previstos en la ley.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que en virtud de la selección adversa, la AFP privada PORVENIR no tenía la obligación de rechazar o impedir la afiliación de la demandante al RAIS. Explicó que la Ley 100 de 1993, se previó la ineficacia de la afiliación cuando existan actos que impidan o atenten contra la afiliación libre del trabajador, precisando que para el efecto, se debe demostrar la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo. Adujo que no se acreditó la existencia de un constreñimiento o presión a la hora de efectuar el traslado, así mismo, encontró que no se probó una conducta dolosa por parte de la AFP que tuviera la intención de afectar el derecho pensional de la demandante y menos halló un error puesto que, para esa data la actora devengaba un salario mínimo, por lo que el traslado de régimen estaba lejos de ser una decisión equivocada. Agregó que conforme al artículo 231 de la Ley 100 de 1993, no es dable la aplicación de los efectos jurídicos de la ineficacia solo por la afirmación de no haber recibido información, pues aquella debe ir acompañada de la existencia de un vicio en el consentimiento. No obstante, aseveró que conforme al precedente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, hay circunstancias que permiten colegir la voluntad del afiliado de pertenecer a uno u otro régimen, encontrando que, la demandante demostró su voluntad de pertenecer al ISS cuando advirtió a las AFP sobre la situación de multi afiliación que se estaba presentando, pues en 1994 se afilió al RAIS, en 1996 se reflejan cotizaciones al ISS y desde septiembre de 2006 hasta cuando cumplió los 47 años de edad, se evidencian cotizaciones a HORIZONTE, hoy PORVENIR, presentándose una multi-afiliación que vulneró el derecho de selección de régimen pensional de la actora dado por espacio de más de 10 años efectuó cotizaciones al ISS demostrando con ello su deseo de estar en el RPMPD. De modo que, si bien no era posible declararse la ineficacia de la afiliación inicial a COLPATRIA, si era procedente ordenarse el traslado al RPMPD, como si lo hubiera formulado en la oportunidad legalmente establecida con los efectos propios de un traslado de estos, esto es, con la transferencia de los recursos de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada PORVENIR S.A. presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo introductorio del proceso, solicitando que se confirme la decisión. De la misma manera, la demandante presentó alegaciones de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte SKANDIA guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, si hay lugar a aprobar el traslado de la actora al RPMPD en virtud de una multifiliación.

CONSIDERACIONES

Preliminarmente, ha de precisarse que se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso que la demandante estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 12 de febrero de 1985 hasta el mes de junio de 1985, tal y como se advierte del reporte de semanas de cotización expedido por OLD MUTUAL obrante de folios 38 a 47; de igual forma, es un hecho indiscutido dentro del proceso, que la demandante se afilió a la AFP COLPATRIA –hoy PORVENIR S.A.- el 11 de agosto de 1994 (fl. 35) y se encuentra actualmente afiliada a la AFP OLD MUTUAL, del régimen de ahorro individual, desde el 17 de febrero de 2014, situación que se corrobora con el formulario de afiliación visible a folio 147. Así mismo, según folio 36 del expediente donde obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, la actora nació el 16 de marzo de 1960.

De igual modo, según el estado de cuenta de la afiliada se evidencia que la demandante efectuó cotizaciones, pese a haber efectuado tal traslado o vinculación al RAIS, no se realizó ninguna cotización, pues sus cotizaciones continuaron efectuándose al Seguro Social desde el mes de enero de 1995 hasta el mes de agosto de 2006, lapso en el cual también se observan algunas cotizaciones a la AFP PORVENIR por los siguientes periodos: 1995-05, 1996-03, 2001-09, 2004-03, 2005-10; luego a partir del mes de septiembre de 2006, las cotizaciones se efectuaron a HORIZONTE, hasta el mes de marzo de 2014 y a partir del mes de abril de ese año a la AFP SKANDIA y/o OLD MUTUAL.

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces probado que en el caso de la demandante se presentó un caso de multivinculación, ello por cuanto, a pesar de que el causante se afilió a la AFP COLPATRIA S.A., es lo cierto que en el resumen de semanas cotizadas se evidencia que en los mismos periodos en que realizó cotizaciones al RAIS registra cotizaciones igualmente en el RPM, lo que evidencia que efectivamente fue asumido como afiliado y cotizante en los dos regímenes.

Pues bien, recordemos que la Ley 100 de 1993, artículo 16, prohibió expresamente la posibilidad de estar afiliado o de hacer aportes en los dos regímenes, pues ello genere que se presenten una serie de irregularidades en la afiliación o cotización de muchos afiliados -como por ejemplo, el hecho de estar afiliado a un régimen pero cotizando a otro, o el de estar afiliado y cotizando a los dos, o cotizando a un régimen sin estar afiliado a ninguno, entre otras varias posibilidades-, situaciones que originan la denominada multifiliación, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional «consiste en la afiliación simultánea a los dos regímenes de pensión coexistentes en Colombia en este momento, el de prima media con prestaciones definidas, prestado por el Seguro Social y el de ahorro individual con solidaridad, ofrecido por las aseguradoras privadas» (T-686 de 2010), o como también lo ha considerado la HCS SCL, que « La múltiple afiliación se presenta cuando no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley. El artículo 17 del Decreto 692 de 1994 al prohibir la múltiple vinculación, señaló que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen o de administradora de pensiones, cuando dicho cambio se lleve a cabo en los plazos que para tal efecto se tienen fijados, resultando válido la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida» (rad. 46106 del 04 de julio de 2012).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 que prohíbe la múltiple vinculación, allí se dispone que el afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de ley, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora sin su observancia, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y en los plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.

Por su parte el Decreto 3995 de 2008, por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 la Ley 100 de 1993, contempla la prohibición de la multifiliación en el Sistema General de Pensiones y establece los criterios para resolver estos casos de múltiple vinculación. Disposiciones que se aplican a los afiliados al sistema general de pensiones que al 31 de diciembre de 2007 se encuentran incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad; dicho Decreto, valga decir, privilegia la voluntad de los cotizantes, teniendo en cuenta los tiempos de las cotizaciones efectuadas para todos los efectos y preservando el derecho de la libre escogencia bajo

parámetros claros que permitan establecer la verdadera situación de los afiliados al sistema.

En efecto, como criterios de solución el artículo 2 ibídem, plantea:

«Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este Decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Las reglas previstas en este artículo también aplicaran a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen».

De lo anterior se concluye que las múltiples afiliaciones pueden subsanarse, correspondiendo la afiliación efectiva, a uno u otro sistema, atendiendo los criterios señalados en el Decreto 3995 de 2008.

Así las cosas, conforme a los supuestos facticos antes anotados, estima la Sala que antes que una nulidad en la afiliación efectuada por el afiliado causante, lo que se presentó fue una situación de multivinculación al haberse efectuado simultáneamente cotizaciones en ambos regímenes pensionales desde el año 1995 hasta el mes de agosto del año 2006, continuando en lo sucesivo efectuando cotizaciones a PORVENIR, HORIZONTE y OLD MUTUAL; y para los efectos aquí perseguidos, encuentra la Sala que la mayoría de cotizaciones fueron efectuadas ante COLPENSIONES en el lapso de tiempo mencionado.

En tal sentido, estima la Sala que no hay motivo para anular la afiliación efectuada al RAIS a través de COLPATRIA, pues lo ocurrido no fue otra cosa que un tema de múltiple afiliación, por lo que debe tenerse para todos los efectos como válida la afiliación en el RPM. En este orden, tal como lo indicó el a quo, deben tramitarse ante las AFP accionadas el traslado de la actora ante COLPENSIONES, pues claro que la voluntad inicial de esta fue continuar vinculada al RPMPD, e incluso según CD el expediente administrativo contentivo en el archivo digital «02PruebasDemandante», se evidencia que la demandante solicitó en su momento que se le regulara tal situación de multiafiliación.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

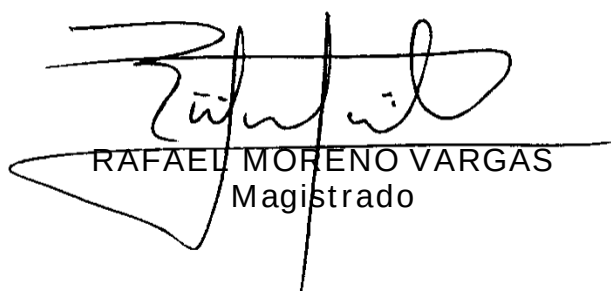
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA CRISTINA PIÑEROS ORTIZ contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-035-2019-00850-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las accionadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de diciembre de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARIA CRISTINA PIÑEROS ORTIZ, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de sus afiliaciones con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -PORVENIR S.A., con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -COLFONDOS S.A. y con la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías -PROTECCIÓN S.A., lo que conlleva al regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, condenar y ordenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y en consecuencia, se declare que para efectos pensionales continúa afiliada a COLPENSIONES, se hagan las condenas procedentes, en

aplicación de las facultades ultra y extra petita, y finalmente se condene a las demandadas a pagar, costas, gastos, expensas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el día 31 de agosto de 1960, indicó que se afilió al Régimen de Prima Media -RPMPD con prestación definida el 30 de abril de 1985, para lo cual realizó cotizaciones hasta el periodo de julio de 1997, señaló que para el año 1977 se encontraba laborando para la empresa UNILEVER ANDINA S.A.; que PORVENIR S.A. en junio del año 1997, le ofreció trasladarse de Fondo de Pensiones, precisando que este Fondo le diligenció el formulario de solicitud de vinculación, sin la debida asesoría o explicación de cambio de Régimen, firmando así la solicitud de vinculación sin las garantías del cambio de RPMPD al RAIS. En igual sentido, COLFONDOS S.A. en septiembre del año 2001, y PROTECCION S.A. en enero del año 2012, le propusieron a la demandante trasladarse de Fondo de Pensiones; aludió que, con ambas entidades diligenció el formulario de solicitud de vinculación sin la debida asesoría o explicación de cambio de Régimen. Expresó que firmó las solicitudes de vinculación sin las garantías del cambio de RPMPD al RAIS, sin el asesoramiento correspondiente de sus ventajas y desventajas hacia el futuro, adujo que tampoco le comunicaron, que, a partir del 29 de enero de 2004, los afiliados pudieron considerar el traslado al RPMPD o continuar en el RAIS. Mencionó que no se le suministró, en cumplimiento del deber de información, la asesoría necesaria, completa y eficiente, así las cosas, el día 25 de octubre de 2019, presentó ante COLPENSIONES escrito solicitando el traslado del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN al Régimen de Prima Media de COLPENSIONES, a lo que recibió respuesta negativa del traslado el 25 de octubre de 2019, por considerar que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse (Exp. Digital, 01. 2019-00850-00 págs. 5 al 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, manifestando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se hubiera estado en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), señaló que no se evidenció dentro de las solicitudes, nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la accionante, al contrario, se observó que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso la actora no cumple con los requisitos de la sentencia

SU-062 de 2010. Advirtió que resulta desproporcional, colocar la carga de la prueba en las AFP en el caso en particular en COLPENSIONES, que en los casos que se ha declarado la nulidad, es la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime, cuando la afiliación se dio en junio de 1997, queriendo decir esto que ha transcurrido aproximadamente más de 23 años a la fecha, tornándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable a estos casos el principio que reza 'nadie está obligado a lo imposible. Como excepciones de mérito, formuló las de «Descapitalización del sistema pensional», «Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «Prescripción», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «Innominada o genérica» (Exp. Digital, 01. 2019-00850-00 Págs. 169 al 210).

La AFP PROTECCIÓN S.A., a su turno, contestó de la demanda, arguyendo que se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que el trámite de traslado de RPMPD al RAIS es existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Anotó que el formulario de vinculación que se suscribió el 18 de enero de 2012, se realizó de forma libre y expresa, solemnizándose de esta forma, este acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN S.A, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado y donde constata que el afiliado entendió y aceptó los efectos legales, los principales riesgos y beneficio de traslado. Por lo anterior, manifestó que no puede prosperar la pretensión de nulidad del traslado como pretensión principal, pues el acto jurídico celebrado entre la señora PIÑEROS ORTIZ y PROTECCION S.A. cumplió con todos los requisitos de existencia y validez, y por lo tanto, produce todos los efectos jurídicos derivados de este. Adujo que tampoco se puede soportar en las expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica de un acto jurídico, pues si la favorabilidad en el valor de la mesada se evidenciara respecto del RAIS se tornaría entonces en válida y eficaz su afiliación a este régimen, expresando que tampoco es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS puede hacer ineficaz o nula la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, como en los Decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia. Formuló como excepciones de mérito, las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los recursos

públicos y del sistema general de pensiones», «Innominada o genérica», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS» (Exp. Digital, 02. Contestación y anexos María Cristina Piñeros 2019-850 págs. 1 al 23).

La AFP COLFONDOS S.A., del mismo modo, contestó de la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra al considerar que COLFONDOS S.A. sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, señaló que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, precisó que en cuanto a la pretensión de nulidad, estipulan los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 que como elemento que hicieren nula una afiliación al Sistema General de Pensiones, se encuentra que la suscripción de la vinculación, no provenga del afiliado, lo cual para el presente caso no ocurrió, pues fue la señora demandante, quien de su puño y letra, suscribió en el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A., así como lo expresa el formulario de vinculación, en ese sentido, dicha pretensión carece de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues no se aportaron elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento suscribiendo entonces el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Formuló como excepciones de mérito las de «Inexistencia de la obligación», «Falta de legitimación en la causa por pasiva», «Buena fe», «Innominada o genérica», «Ausencia de vicios del consentimiento», «Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.», «Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «Compensación y pago» (Exp. Digital, 02. CONTESTACIÓN BTA DTE MARIA CRISTINA PIÑEROS ORTIZ VS COLFONDOS BP Nulidad. págs. 1 a 16).

A su turno, PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, considerando que el traslado de régimen pensional de la demandante es completamente válido, en la medida que no aporta prueba que permita concluir que su traslado de régimen pensional se dio por incumplimiento del deber de información. Explicó que además si lo que arguye es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los

que se funda, entonces consideró que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea, completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con información clara, veraz y oportuna, por parte de PORVENIR S.A. con la información suficiente y necesaria para el traslado de régimen pensional, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Asimismo, denotó que la demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba cargo de las AFP, ya que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010. Como excepciones de mérito, presentó las de «Prescripción», «Prescripción de la acción de nulidad», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «Buena fe» (Exp Digital, 02. CONTESTACION Y PRUEBAS Págs. 1 a 32).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de octubre de 2020, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del ISS a PROTECCIÓN el 8 de agosto de 1994, en consecuencia, declaró válidamente afiliada a la accionante a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración desde el 13 de octubre de 1999, hasta que se cumpla su traslado, los cuales deberán ser indexados, ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores en la cuenta de ahorro individual, actualice la información en su historia laboral. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en dicha administradora, desde el 1° de septiembre de 1994 hasta el 12 de octubre de 1999, los cuales debe ser cubiertos con recursos propios de la administradora, debidamente indexados.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que aplicando la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, concerniente a invertir la carga de la prueba, es decir, que le correspondía a PORVENIR S.A. demostrar que le brindó a la actora la información necesaria para tomar una decisión apropiada, informándole los beneficios y desventajas de este traslado y de no hacerlo estaría incumpliendo su obligación. Resaltó que la información compone todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute de la pensión y por lo tanto, el hecho de que se hubiese firmado un formulario no quiere decir que éste lleve implícito el consentimiento, tampoco es una prueba

idónea el interrogatorio de la parte demandante, porque sería hacer un desistimiento de sus propias pretensiones en el sentido de indicar que sí le dieron la información adecuada. En ese orden de ideas, concluyó que a la demandante no se le dio la información con las características que indica la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así, al no ser probada la recepción de la información de afiliación veraz y comprensible, accedió a la solicitud de ineficacia de traslado. Aunado a lo anterior, el juzgador agregó que en la Sentencia SL 1773 del 30 de abril de 2020 se indicó que cuando se da la insuficiencia de la información, afecta los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho de acceso a la misma, no siendo suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe responder a la realidad, y además, en los términos del art. 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de fondos de pensiones allegar las pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, apeló la decisión considerando que la demandante se encontraba en una prohibición legal al momento de solicitar el traslado, que no es beneficiaria del régimen de transición, y dentro del expediente no hay prueba alguna que demuestre que incurrió en un vicio del consentimiento y teniendo en cuenta la Sentencia C-1024/04 COLPENSIONES puede sufrir una descapitalización del fondo común porque la demandante dejó de cotizar y aportar a este fondo durante muchos años.

A su turno la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su integridad la decisión emitida por el despacho, para ello resaltó que el traslado se efectuó de manera voluntaria por la actora tal y como se expresó en el interrogatorio de parte, además de que a la entidad no se le pueden indilgar obligaciones o actuaciones que realizaron los diferentes empleadores de la actora, razón por la cual no se puede inferir que PORVENIR no cumplió con sus obligaciones, agregó que en pro del cumplimiento de las obligaciones de este fondo, a PORVENIR no se le puede endilgar ningún tipo de responsabilidad, mucho menos, en cuanto a los gatos de administración o seguros provisionales, añadiendo que debe tenerse en cuenta que la accionante tuvo previos estudios de abogacía lo que la hace tener plena capacidad legal para saber acerca del acto jurídico que se encontraba suscribiendo. Resaltó que en cuanto a la inconformidad del monto pensional no se puede tomar como un vicio en el consentimiento de la accionante y menos puede dar paso a que la entidad tenga que

asumir pagos de gastos de administración o seguros cuando los mismos ya fueron utilizados.

De igual modo, la apoderada de PROTECCION S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su integridad la decisión emitida por el despacho, considerando que la accionante se encuentra inmersa en una prohibición legal establecida en el art. 2 de la Ley 797 del 2003, la cual menciona la imposibilidad de traslado cuando se trate de una persona que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, añadió que fue aportada toda la información acerca de la asesoría clara, cierta y oportuna que le fue brindada a la actora, pues para el año 2011 la demandante contaba con menos de 46 años de edad, situación que se le ponía textualmente de presente en la reasesoría donde indicó que conocía detalladamente la posibilidad de trasladarse y la proyección pensional, finalmente, expreso que en cuanto a los gastos de administración y seguro provisional, la entidad está imposibilitada para recobrar dichas sumas y adicionalmente la demandante estaría incurriendo en enriquecimiento sin justa causa.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia. La parte actora, solicitó por el contrario, su confirmación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Pues bien, para resolver la controversia planteada, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia bajo esa óptica es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 63 (Exp. Digital, 01. 2019-00850-00, pág.135) obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 31 de agosto de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 25 de enero de 2019 (fl. 83 – Exp. Digital, 01. 2019-00850-00, pág. 160), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 381,71 semanas de cotización (Exp. Digital, GRP-SCH-HL-66554443332211_1713-20200221105037), no encontrándose en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 24 de junio de 1.997 (folio 79, Exp. Digital, 01. 2019-00850-00, pág.156), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación de COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como poner en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al

interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante no recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 79), plasmado en el formulario de afiliación de COLFONDOS S.A., estos no constituyen en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen el 24 de junio de 1.997 (fl. 79), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto objeto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración, más el valor pagado

por seguros previsionales, todo lo cual debe retornar y de manera íntegra al Régimen de Prima Media que administra Colpensiones, lo cual legitima su reclamo y además porque pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de igualdad y sostenibilidad financiera con los demás afiliados, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuales asumen los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual. Advirtiéndose, si COLPENSIONES considera que con la decisión se le causarán perjuicios económicos por parte de COLFONDOS S.A, podrá iniciar las acciones administrativas o judiciales que considere pertinentes.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la

demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

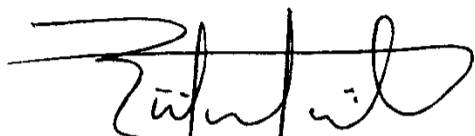
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

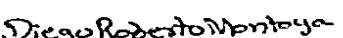
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA LEONOR SILVA MORA contra GLORIA INES VANEGAS DE LUGO P Rad. 11001 31 05 003 2017 00771 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el día 28 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

La señora MARIA LEONOR SILVA MORA, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de GLORIA INES VANEGAS DE LUGO, con la finalidad que se declare que existió un contrato laboral desde el 02 de noviembre de 1993 hasta el 30 de junio de 2016. En ese orden, se condene a la demandada a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los aportes a pensión, la indemnización moratoria y la indemnización por despido sin justa causa. Finalmente, se condene al pago de todo lo que se acredite de conformidad con las facultades Ultra y Extra Petita, más las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició a laborar para la accionada, GLORIA INES VANEGAS DE LUGO, el 02 de noviembre de 1993, a través de un contrato de trabajo verbal, desempeñando el cargo de auxiliar de cocina en el establecimiento de comercio ASADOS PUNTO Y COMA, propiedad de la demandada. Adujo que trabajó bajo la subordinación de la señora GLORIA INES VANEGAS,

cumpliendo un horario laboral de lunes a domingo desde las 6:30 am hasta las 4:00 pm y devengando un salario inicial de \$81.510 mensuales y uno final de \$689.455. Que el 22 de junio en compañía de la empleadora solicitaron a COLPENSIONES el cálculo a pagar por conmutación pensional, dado que la demandada aceptó que omitió el pago de los aportes a pensión desde el 01 de abril de 1996 hasta julio de 2011, ante lo cual la entidad señaló que el valor pendiente de pago asciende a \$88.035.858. Añadió que el 30 de junio de 2016 fue despedida sin justa causa por parte de la demandada, sin recibir el pago de la liquidación laboral ni la indemnización por despido sin justa causa, así mismo que durante la relación laboral no se efectuó el pago de cesantías e intereses a las cesantías. Concluyó que a la fecha, la demandada no ha pagado lo correspondiente a los periodos no cotizados a pensión, ni a la indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales y liquidación laboral (fls. 5 a 15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada GLORIA INES VANEGAS DE LUGO, a través de curador ad litem, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que se atendería a lo probado dentro del proceso. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y falta de causa», «carencia de derecho», «prescripción», «buena fe», «genérica» y «compensación» (fls. 75 a 79).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 28 de julio de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 01 de abril de 1996 hasta el 30 de junio de 2016. Condenó a la demandada al pago de \$8.392.104 por concepto de auxilio de cesantías, más \$98.626 de intereses a las cesantías y \$10.313.053 de indemnización por no consignación del auxilio de cesantías. A su vez, condenó a la demandada a pagar la indemnización moratoria desde 1 de julio de 2016 y hasta cuando que se efectuó el pago de las prestaciones sociales, fijando la suma diaria de \$22.981. Finalmente, condenó al pago de aportes al Sistema General de Pensiones del periodo comprendido entre el 01 de abril de 1996 y julio de 2011, conforme al cálculo actuarial que realice COLPENSIONES.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, manifestó que conforme a la presunción legal del artículo 24 del CST la parte actora tenía la carga de probar que existió la prestación del servicio para presumir la existencia de una relación laboral, momento en el cual era la parte demandada quien debía desvirtuar tal presupuesto. En ese

orden resaltó que la certificación laboral emanada de la demandada tiene plena validez para acreditar la existencia de una relación laboral, al no haber sido controvertida o tachada, encontrando que la actora laboró para la accionada por medio de un contrato a término indefinido en el cargo de auxiliar de cocina desde el 01 de abril de 1996, precisando que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ se presume cierto todo lo aceptado por el empleador en una certificación laboral, salvo que pruebe lo contrario. Igualmente valoró la petición hecha por las partes dirigida a COLPENSIONES, en la cual verificó que hay una aceptación de que existió un vínculo laboral entre aquellas. Que el testimonio rendido por MARÍA HERMINDA FERNANDEZ GONZALEZ ratificó la existencia de una relación laboral entre las partes porque aquella manifestó que siempre vio a la demandante trabajando bajo las órdenes de la demandada en el establecimiento ASADOS PUNTO Y COMA. Concluyó que la parte actora cumplió con probar los tres elementos de la relación laboral, esto es, prestación personal del servicio, continua subordinación y el pago de un salario, empero, precisó que haciendo uso de sus facultades Mínima e Infra petita, declararía que la relación laboral existió dentro de extemporales diferentes a los planteados en la demanda, pues no halló medio probatorio alguno sobre la existencia de la relación antes del 01 de abril de 1996 y el cobro de los aportes al estar ligados al derecho pensional de la demandante no están llamados a prescribir. Aclaró que se admitió la demanda el 18 de enero de 2018 y se notificó a la demandada el 09 de agosto de 2019 por medio de curador ad litem, es decir, fuera del término establecido en el artículo 94 del CGP, sin embargo, estableció que la actora actuó diligentemente al cumplir con las obligaciones de los artículos 291 y 292 del CGP, por lo tanto, no le son aplicables las consecuencias del artículo 94 CGP. En cuanto a la sanción moratoria por no consignación de cesantías, precisó que procedía su condena, en tanto, no se allegó prueba alguna de una razón que justificara a la demandada por no efectuar el pago del auxilio de cesantía, que aplicando el término prescriptivo. Respecto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, encontró que no hay prueba de la liquidación final de las prestaciones, ni de la justificación del no pago de las mismas.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la demandada presentó recurso de apelación, solicitando se revise todo el material probatorio con la finalidad de revocar las condenas impartidas referentes al pago de las cesantías, intereses de las cesantías, el cálculo actuarial ordenado y la sanción por la no consignación de las cesantías, precisando que se debe valorar si existió o no mala fe, dado que no es dable declarar la existencia mala fe sin respaldo probatorio.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si existió un contrato de trabajo entre las señoras MARIA LEONOR SILVA MORA y GLORIA INES VANEGAS DE LUGO, y, en caso de ser positiva dicha pretensión verificar si las condenas impuestas resultan procedentes.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

TESTIMONIO DE MARIA HERMINDA FERNANDEZ GÓNZALEZ, quien Indicó conocer a la demandada desde el 2009 porque de forma esporádica cubría turnos de trabajo en el establecimiento comercial de su propiedad, especialmente, en el año 2013. Preciso que antes del 2009 acudía ocasionalmente al establecimiento y que en el 2004 también trabajó allí durante una temporada, razón por la cual afirmó que la demandante laboró bajo las órdenes de la demandada, quien pagaba su salario, aunque admitió que otras veces las hijas de la demandada también eran las encargadas de pagar el salario. Aclaró que conoció que la demandante laboró muchos años para la accionada pero que nunca vio el contrato de trabajo, ni estuvo presente al momento del pago y que no le consta si le cancelaron las acreencias laborales.

De la misma manera, fueron allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Certificación laboral expedida el día 24 de junio de 2016, emanada de GLORIA INES VANEGAS DE LUGO, manifestando que la demandante MARIA LEONOR SILVA MORA laboraba para su establecimiento de comercio en el cargo de auxiliar de cocina, bajo la modalidad de contrato a término indefinido desde el 01 de abril de 1996 y con un salario de \$689.455 (fl. 16).
- Petición dirigida a COLPENSIONES realizada por las señoras GLORIA INES VANEGAS DE LUGO y MARÍA LEONOR SILVA MORA, solicitando el cálculo actuarial de las semanas dejadas de cotizar en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 1996 y julio de 2011 según la historia laboral de la demandante, declarando que la misma desempeñó el cargo de auxiliar de cocina en el establecimiento de comercio ASADOS COMA Y PUNTO DE LUGO desde el 01 de abril de 1996 hasta el 30 de junio de 2016, fecha en la cual terminó la relación laboral por entrega del inmueble arrendado y liquidación total de la empresa (fl. 17).

Respecto a la mencionada certificación, debe indicarse con relación a la validez de este tipo de documentos, que de acuerdo a la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los hechos que reposan en tales documentos se deben reputar ciertos hasta tanto el empleador desvirtué su contenido, verbigracia, en la sentencia CSJ SL2600 de 2018:

«Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017).»

Es de allí, que el contenido del certificado laboral emanado de la demandada, GLORIA INES VANEGAS DE LUGO de fecha 24 de junio de 2016 (fl.16), se reputa cierto, en tanto, el plenario se halla huérfano de pruebas que acrediten que lo dicho allí no corresponde a la realidad, esto es, que la demandante laboró para la accionada bajo un contrato a término indefinido desde el 01 de abril de 1996 devengando un salario de \$689.455.

En ese orden, de conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado que la demandante MARÍA LEONOR SILVA MORA, efectivamente prestó sus servicios en el establecimiento de comercio ASADOS PUNTO Y COMA a favor de la señora GLORIA INES VANEGAS DE LUGO, pues así se desprende de las tanto de las documentales arrimadas al proceso, como del testimonio recaudado, las que dan cuenta que la actora prestaba sus servicios de manera personal, desempeñándose en el cargo de auxiliar de cocina. Habiéndose probado la existencia de la prestación personal del servicio y no obrando pruebas que la desvirtúen, conforme a la presunción legal del artículo 24 del CST, esta Corporación encuentra que efectivamente existió un contrato de trabajo a término indefinido entre las señoras SILVA MORA y VANEGAS DE LUGO.

Ahora bien, al existir una relación laboral entre las partes del proceso, es necesario resaltar que no obra prueba alguna que acredite el pago de las cesantías e intereses de las mismas, de ahí que resultan procedentes las condenas fulminadas en tal sentido y como quiera que el monto de las condenas no fue objeto de reparo alguno permanecerán incólumes; asimismo, no obra en el plenario prueba que justifique el no pago del auxilio de las cesantías, lo cual pone a la demandada en el plano de la mala fe, siendo así procedente la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que desde luego no es automática, máxime, cuando la accionada no acudió al proceso.

De igual manera, debe la Sala confirmar lo decidido con relación al cálculo actuarial ordenado, tal como lo manifestó el A quo, pues no existen pruebas que permitan dilucidar que el mismo en efecto se pagó, incluso, la solicitud realizada por las partes ante COLPENSIONES constituye una prueba fehaciente de que en efecto no se ha pagado y dentro de las obligaciones propias de la relación laboral, a cargo del empleador se encuentra el pago de aportes a seguridad social en pensiones.

De esta manera, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, la Sala no tiene otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

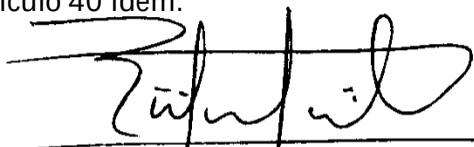
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

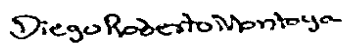
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OSCAR NIBARDO ROMERO AMORTEGUI contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-031-2020-00056-01.

Con la finalidad de resolver el recurso interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante OSCAR NIBARDO ROMERO AMORTEGUI, contra la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor OSCAR NIBARDO ROMERO AMORTEGUI promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare para todos los efectos legales, la ineficacia del traslado del Instituto de Seguro Social -ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a PORVENIR S.A., que en subsidio se declare la nulidad; se condene a PORVENIR al pago de los perjuicios causados y los intereses moratorios, al mismo estado que tenía antes de la afiliación; se condene a PORVENIR S.A. al pago de las costas y agencias en derecho que genere el proceso y a COLPENSIONES si se opone a las pretensiones; se condene a las demandadas al pago de las acreencias ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que al inicio de su vida laboral se afilió al ISS, desde el 1 de enero de 1996 y hasta el 30 de abril de 2002;

mencionó que trabajando en el Hospital Simón Bolívar, en facturación en el área urgencias, fue abordado por un asesor comercial de Porvenir, quien le informó que el ISS desaparecería y su ahorro pensional se perdería, y en consecuencia, debía trasladarse al fondo privado para evitar el riesgo de perder la totalidad de sus aportes al sistema de pensiones, pero el mencionado asesor no le informó al demandante de los requisitos mínimos para regresar al ISS de desear hacerlo, ni la forma como se liquidaría su pensión al momento de cumplir los requisitos de Ley, y mucho menos le informó de la opción de retracto, por el contrario, le indicó que se pensionaría cuando él quisiera sin requisito mínimo de edad, le garantizó que el valor de su mesada pensional sería superior a la que recibiría con el ISS; en resumen, no se le brindó asesoría alguna en temas pensionales, suscribió el formulario de traslado de Fondo y aportó copia de su cedula exigida para el cambio de fondo, sin que se le entregare información verbal ni escrita, que analizara su caso de manera individual, ni en ese tiempo ni en todos los años transcurridos durante la afiliación. Señaló que en abril de 2002 diligenció el formulario de afiliación a Porvenir convencido que su pensión en el RAIS sería mayor debido a los argumentos esgrimidos por el asesor comercial del fondo (Exp. digital 001. ORDINARIO 11001310503120200005600 págs. 5-18).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la PORVENIR es ineficaz como lo manifestó, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma, por lo cual, no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático del demandante al RPM ya que COLPENSIONES no ha incumplido ninguno de los deberes que le corresponden. Solicitó que, en caso de una eventual sentencia con fallo condenatorio, respecto de la pasiva COLPENSIONES sea absuelta del pago de costas y agencias en derecho por cuanto la misma entidad no fue quien incumplió con sus respectivas obligaciones legales y sobre la misma recae única y exclusivamente una obligación de hacer. Formuló como excepciones de fondo las de «Falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Prescripción», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «Buena fe» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: 002. M. CONTESTACION, SUST PODER JUNIO 03 págs. 18 a 37).

Por su parte PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, el demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea, completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la entidad, con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Además, mencionó que si lo que arguye el demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda. Explicó que debe tenerse en cuenta que la afiliación al Sistema de Seguridad Social en pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para cualquiera de los regímenes pensionales, que no tiene ninguna relación con la determinación de la mesada pensional y que el demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP, ya que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. Que, de hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nació sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «Prescripción», «Prescripción de la acción de nulidad», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «Buena fe» (Expediente Digital, 007. 2020-056 Contestación Porvenir págs. 3 a 31).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 03 de marzo de 2021, absolvió de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante a las demandadas COLPENSIONES y A.F.P. PORVENIR S.A., como quiera que su traslado de RPMPD al RAIS es plenamente valido.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló en cuanto al formulario de afiliación de traslado de régimen de fecha 26 de marzo del 2002, que aparece la anotación de que el afiliado recibió asesoría amplia y suficiente para conocer las implicaciones de dicho traslado régimen, resaltó que dicho documento no fue tachado de falso ni fue desconocido. Agregó que en ese documento aparecen datos como los beneficiarios del demandante, resultando extraño ya que el actor para esa época no tenía hijos, por lo que infirió que no era posible que el asesor adivinara cuales serían estos beneficiarios, entonces se dedujo de los apellidos que allí aparecen como persona beneficiaria que coinciden con los del demandante; que son los datos de un

hermano y en una empresa jamás se tienen como beneficiarios los datos de los hermanos y demás parientes, por lo que no fue atendible lo que dijo el demandante en el interrogatorio, puesto que además, a todas las preguntas respondió desconociendo los hechos convenientemente, faltando a la verdad, existiendo contradicción entre lo dicho por el accionante en su interrogatorio y contradiciéndose con lo planteado en los hechos de la demanda y lo confesado por apoderado de la parte demandante en el escrito de demanda, lo que hacía concluir que el actor sí tenía conocimiento de las características y funcionamiento de los Regímenes habiendo recibido la asesoría pertinente.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial del demandante OSCAR NIBARDO ROMERO AMORTEGUI, apeló la decisión arguyendo que, no se valoró en un contexto el objeto de la demanda, en el sentido de que en el momento que el actor se afilió a PORVENIR se encontraba laborando y por su cargo no pudo recibir personas externas a esa dependencia, indicó el demandante que el asesor del fondo fue acompañado por alguien de recursos humanos, que simplemente le pasaron un formulario y le pidieron su documento de identidad, él lo firmó y no hubo mayor información, lo cual no es inconsistente con las pretensiones de la demanda, ya que se probó que toda la información que recibió fue esa y firmó así un documento en blanco. Respecto de la acotación del procurador acerca de los familiares que aparecen en el formulario sin haberlo anotado el demandante, dijo que en ocasiones las empresas en su área de recursos humanos tienen cierta información de lo que de allí pudieron extraerla, precisó que si bien es cierto el formulario de afiliación no se tachó como falso el documento es ilegible, siendo diligenciado por quien tenía un interés directo, en este caso PORVENIR, por demás, tampoco se probó que se le hubiera dado una información completa y clara al demandante sino por el contrario manifestó que la única evidencia era el formulario en mención y por último, solicito dar aplicación a la jurisprudencia vigente respecto a la carga de la prueba de los fondos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el demandante presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A su turno, los demandados presentaron alegaciones en similares términos a lo expuestos en las contestaciones al libelo inicial, solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Según el documento aportado en el escrito de demanda en el que obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante (Exp. Digital, 001. ORDINARIO 11001310503120200005600 pag.19), se registra como fecha de nacimiento el 09 de octubre de 1960, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 18 de junio de 2019 (Exp. Digital, 001. ORDINARIO 11001310503120200005600 pag.22), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, ni siquiera se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 26 de marzo de 2002 (Exp. Digital, 007. 2020-056 Contestación PORVENIR, pag.32), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Exp. Digital, 007. 2020-056 Contestación PORVENIR, pag.32), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los

términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, así como el hecho de denotarse algunas contradicciones en su dicho versus lo afirmado en la demanda, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos, contrario a lo que concluyó la a quo.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORNEVIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (26 de marzo de 2002, Exp. Digital, 007. 2020-056 Contestación PORVENIR, pág. 32), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando el demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados

por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se REVOCARÁ la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de PORVENIR S.A.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

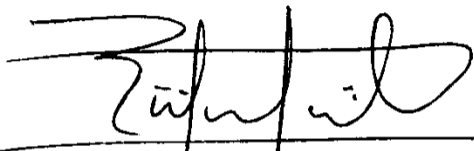
PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, DECLARAR la INEFICACIA del traslado y la afiliación efectuada por el señor OSCAR NIBARDO ROMERO AMORTEGUI al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la AFP PORVENIR S.A. el 26 de marzo de 2002; y como consecuencia de ello, ORDENAR a PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- todos los aportes efectuados por la demandante, es decir los saldos de su cuenta individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por este por seguros previsionales, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que acepte el traslado del accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLAUDIA COTACIO FARFAN contra COLPENSIONES, AFP`S PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. Rad 110013105-034-2019-00559-01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte accionada, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de febrero de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA COTACIO FARFAN promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada a través de la AFP PROTECCIÓN por haber incumplido con su deber de brindar información que la orientara para la elección del régimen pensional, en consecuencia, se condene a PORVENIR, a trasladar todos los aportes y rendimientos a COLPENSIONES, entidad que deberá activar la afiliación desde el 09 de diciembre de 1991 y recibir los emolumentos trasladados. Lo anterior, más la condena en costas, así como lo Ultra y Extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el 08 de junio de 1964, que estuvo afiliada al ISS desde el 09 de diciembre de 1991 hasta el 26 de agosto de 1997, fecha en la cual se afilió al RAIS en cabeza de la AFP COLMENA, hoy

PROTECCIÓN; indicando que la administradora privada no le brindó la información adecuada y completa para efectuar el traslado, pues no le informó sobre las condiciones del Sistema General de Pensiones, ni los riesgos y desventajas del traslado, así como tampoco le realizó una proyección pensional sobre la mesada que le correspondería en uno y otro régimen. Aseveró que la AFP PROTECCIÓN no procuró por la correcta capacitación de sus promotores a fin de que le brindaran una asesoría suficiente, amplia y oportuna al momento de la afiliación. Adujo que el 19 de junio de 2019 radicó derecho de petición ante PORVENIR, solicitando la proyección pensional en ambos regímenes, ante lo cual, la entidad respondió que a los 57 años su pensión en el RAIS sería de \$828.116 y en el RPMPD de \$2.181.400. Asimismo, explicó que el 19 de junio de 2019 solicitó ante COLPENSIONES la declaratoria de ineficacia de la afiliación y reactivación de su afiliación desde el 09 de diciembre de 1991, así mismo, solicitó a PROTECCIÓN información respecto de la afiliación efectuada allí. Agregó que a la fecha tiene 55 años y que realizó sus aportes a pensión sobre un salario de \$2.800.000 (fls. 39 a 46).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo para tal efecto que, la demandante no probó que alguna vez se le haya hecho incurrir en un error por falta de información o que existió un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo, contrario sensu, que la documental muestra que consintió libre y voluntariamente sin dejar notas de protesta sobre constreñimientos o presiones indebidas. Expuso que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, por lo cual, no es dable declarar el traslado de régimen pensional conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 82 a 101).

La AFP PORVENIR, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, la demandante no acreditó los supuestos para declarar la ineficacia de la afiliación. Adujo que la accionante pretende imponer a la AFP deberes que para la fecha del traslado no tenía, tales como, la obligación de asesoría e información a los afiliados, así como la

obligación de explicar las consecuencias del traslado de régimen, puesto que surgieron a partir del Decreto 255 de 2010 y el Decreto 2071 de 2015. Expuso que el traslado de régimen pensional fue una decisión libre y voluntaria de la actora, acto que se realizó cumpliendo las normas que estaban vigentes para esa data. Agregó que la demandante recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características del RAIS, que en señal de ello, suscribió el formulario de afiliación, documento con el cual aceptó el traslado de régimen y manifestó que lo hacía en forma voluntaria y libre. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 121 a 144).

La AFP PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, el traslado efectuado por la demandante fue valido, existente y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, en tanto, aquella recibió una asesoría suficiente para decidir libre de presión y engaños sobre el traslado de régimen. Agregó que el formulario de afiliación se suscribió de forma libre y espontánea, siendo un contrato entre la actora y PROTECCIÓN, en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza de ambos, cumpliendo todos los requisitos de ley, produciendo todos los efectos jurídicos. Explicó que no es dable la declaratoria de ineficacia, ya que solo procede por vicios en el consentimiento y no por la favorabilidad económica del acto jurídico, por lo que, a su juicio, la demandante no puede sustentar su pretensión en sus expectativas económicas respecto de la mesada pensional. Adujo que no es posible declarar la ineficacia de la afiliación por la forma de liquidar la pensión en el RAIS, puesto que es una formula consagrada en la Ley 100 de 1993. Agregó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del traslado estipulada en la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema General de Pensiones», «innominada o genérica», «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», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» y «traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos» (Fls. 191 a 203).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de febrero de 2021, declaró la ineficacia y/o nulidad del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS, efectuado el 12 de agosto de 1997 a través de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., y su traslado a la AFP PORVENIR. Condenó a PORVENIR a reintegrar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, incluyendo fruto e intereses causados a COLPENSIONES, entidad que deberá recibir los valores trasladados y sumarlos a las semanas cotizadas por la accionante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que las AFP desde su nacimiento han tenido el deber de brindar la información, dado que deben cumplir lo dispuesto en la Ley 663 de 1993. En ese sentido, aseveró que incumbe a las AFP demostrar que brindaron la información suficiente al afiliado sobre ventajas y desventajas del traslado, lo cual no se logra con el lleno de un documento, sino con evidencia real de que la información brindada correspondía a la realidad y que cumplía con las pautas para que el afiliado tuviera un consentimiento libre en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, contrario sensu, es dable aplicar la sanción establecida para quienes atentan o impiden la afiliación del trabajador. Adujo que la afiliación al Sistema General de Pensiones trae consigo el derecho pensional, por lo cual, el deber de brindar información se debe garantizar antes y durante todo el proceso del traslado de régimen, explicando al afiliado cuales son las consecuencias de tal decisión. Es por eso, que corresponde a las AFP probar que, al momento del traslado, el afiliado tenía los elementos de juicio suficientes y necesarios para efectuar su traslado de manera libre y voluntaria. De este modo, explicó que una vez probado el traslado del régimen pensional, era menester determinar si aquel se produjo bajo la libertad informada de la demandante, encontrando que las AFP demandadas solo allegaron la solicitud de vinculación, la cual no prueba que se le haya brindado la información completa, clara y comprensible aquella, puesto que solo contiene datos generales. Encontró que las AFP omitieron su deber de entregar a la demandante, documentos importantes como el reglamento de la entidad y el modelo del RAIS, así mismo, que no brindaron a la actora una asesoría personal, ni una proyección de la mesada pensional que le correspondería en uno y otro régimen. Concluyó que existió un error de hecho, en tanto, la demandante pensó estar en un estatus diferente conforme a la información dada por la AFP, no obstante, se encontró con que su condición era distinta y de menor beneficio. Agregó que al no encontrar una proyección pensional, no se puede afirmar que le ofrecieron los elementos de juicio suficientes que le permitiera reafirmar su decisión de pertenecer al RAIS, por lo cual, declaró la nulidad de la afiliación, por falta de información y por existir un error de

hecho sobre la calidad del objeto. Mencionó que el término de prescripción no es el mismo que prevé el Código Civil en relación a la nulidad, sino que por ser un litigio ligado a un derecho fundamental se convierte en imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la COLPENSIONES S.A., presentó recurso de apelación contra la decisión, argumentando que, la demandante está inmersa en la prohibición legal de traslado, en tanto no es beneficiaria del régimen de transición. Arguyó que no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo. Afirmó que si bien es cierto la AFP tenía el deber de brindar información suficiente a la actora, la misma debía concurrir suficientemente ilustrada sobre la escogencia del régimen pensional y no era dable, sustraerla de la aplicación de la ley como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada. Solicitó tener en cuenta el grado profesional de la actora y la descapitalización del sistema, toda vez que, a su juicio, se contraría la equidad y el valor de la justicia material, al permitir que personas que no han cotizado en el fondo se beneficien y subsidien de las cotizaciones de quienes han permanecido en el RPMPD. Aseveró que no se allegó una simulación de la mesada pensional a fin de determinar el costo de la pensión de la actora en el RPMPD, aunado a que, no se acreditó la existencia de un perjuicio para la demandante. De otro lado, solicitó que en caso de confirmar la decisión de primera instancia, se condicione el cumplimiento de la misma hasta cuando se efectué el traslado de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante y se actualicen los datos de aquella en la respectiva base de datos. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas en su contra, puesto que COLPENSIONES es un tercero al que se le causa un perjuicio por un negocio en el que no participó.

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación, argumentando que, la demandante incurrió en una falta de diligencia y cuidado en sus negocios, por lo cual no debe ser beneficiada por su propia culpa o actuar. Adujo que conforme al artículo de la Ley 100 de 1993, la actora no se esmeró por conocer su estado pensional y que su inconformidad solo se basó en la diferencia de la mesada que recibiría en PORVENIR y COLPENSIONES, precisando que cuando se trasladó de régimen conoció las características del RAIS y las aceptó. Arguyó que no es procedente afirmar que los fondos incumplieron su deber de brindar información, solo porque existe una inconformidad con la mesada pensional de uno y otro régimen, en tanto las prestaciones de los regímenes no son comparables, pues en el RPMPD los afiliados obtienen prestaciones cuyas condiciones y montos se

encuentran definidos en la ley, mientras que en el RAIS se reconocen únicamente de los valores aportados por los afiliados en sus respectivas cuentas de ahorro individual. Afirmó que existió un acto jurídico que emanó de la voluntad de la demandante, solicitando que se respete esa voluntad y se le otorgue el valor probatorio que merece el formulario de afiliación, documento que, a su juicio, prueba que se cumplieron con los requisitos vigentes para esa data. Añadió que los afiliados con consumidores financieros, siendo su deber actuar con diligencia, lo que supone si quiera que obtengan una información sobre el acto jurídico celebrado, esto es, el traslado del régimen. En ese sentido, recordó que las consecuencias del traslado de régimen se encuentran en la ley e ignorar lo que aquella norma no es excusa. De otra parte, solicitó que en caso de confirmar la decisión, no se ordene la devolución de los gastos de administración, ni de las sumas de los seguros previsionales, explicando que por ley tienen una destinación específica que ya fue cumplida, esto es, contratar un seguro para financiar las prestaciones que la demandante requiriera, siendo así que las sumas ya cumplieron su cometido, se extinguieron y no están en su poder. En el mismo sentido, argumentó que la compañía aseguradora ya brindó la cobertura a la demandante y al no ser posible retrotraer el tiempo, es material y jurídicamente imposible la devolución de tales emolumentos, aunado a que la ley solo ordena la restitución de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, no de aquellas que la AFP invirtió para conservar ese bien y que descontó en virtud de un mandato legal. Concluyó solicitando se revoque la decisión de primera instancia, de lo contrario, no se ordene la devolución de los gastos de administración, ni suma adicional alguna.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia o en caso de confirmarse, se condicione el cumplimiento de la misma y no se condene en costas a la entidad. De la misma manera, la demandante presentó alegaciones de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, PORVENIR y PROTECCIÓN guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 4 del expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como su fecha de nacimiento el 08 de junio de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 19 de junio de 2019 (Fls. 26 a 27), es decir, a menos de 10 años de cumplir la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas contaba con 119 semanas de cotización, equivalentes a 2 años, 3 meses y 22 días (fls. 19 a 21), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de agosto de 1997 (Fl. 38), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fl. 38), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y

aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (12 de agosto de 1997, fl. 38), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, junto con sus rendimientos frutos e intereses y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los rendimientos generados en la cuenta individual de la actora, los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a

10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral. Por lo anterior, no es dable acceder tampoco a adicionar la decisión de primer grado, como quiera que allí se ordenó la referida devolución para que COLPENSIONES tenga como afiliada a la actora.

En la misma dirección se debe señalar, no incide que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

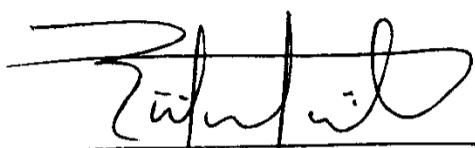
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

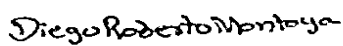
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JUAN CARLOS PEÑA DIAZ contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-038-2019-00623-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor JUAN CARLOS PEÑA DIAZ, presentó demanda ordinaria laboral, con la finalidad de que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuada a través de COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A., trasladar la totalidad de sumas obrantes en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, dineros y bonos a COLPENSIONES, entidad que deberá recibirlo como afiliado y beneficiario del RPMPD, expidiendo las certificaciones correspondientes y aceptando los aportes y rendimientos a que hubiere lugar. Finalmente, se condene a las demandadas a pagar lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el día 16 de diciembre de 1958 e inició a cotizar en el RPMPD, en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales -ISS desde julio 1979 hasta el mes de mayo de 1994, fecha para la cual se trasladó al RAIS, por medio de la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.,

luego de que un funcionado de la AFP privada, le brindara una información alejada de la realidad sobre ventajas del traslado de régimen, sin mediar una asesoría adecuada, completa y veraz respecto del cambio que se generaría en su pensión de vejez. Advirtió que la mencionada situación se mantuvo hasta el momento en que aún podía retornar al RPMPD, precisando que se le realizó una comparación de los dos regímenes pensionales a fin de que tomara la mejor decisión, antes de expirar los 10 años que contaba para adquirir su derecho pensional. Indicó que cotizó más de 1300 semanas, siendo beneficiario de la pensión de vejez conforme al artículo 9 de la ley 797 de 2003. Agregó que el día 05 de junio del 2019 elevó petición ante la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., solicitando su traslado al RPMPD, junto con la devolución de los dineros y rendimientos obrantes en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, entidad ante la cual también elevó petición en la misma fecha, solicitando el traslado, empero, ambas entidades guardaron silencio a su pedimento (Fls.1 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal efecto que, al momento del traslado de régimen pensional del actor, se le brindó la información suficiente para generar en él una decisión libre y voluntaria, explicando las características, ventajas y desventajas de uno y otro régimen, sin mediar una conducta negligente, omisiva o dolosa por parte de la AFP. Señaló que, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que, el demandante pudo validar en cualquier momento la información brindada y todo aquello que considerara necesario. Agregó que el actor no allegó prueba de las razones que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en tanto, su elección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria, tras haber recibido la información por parte del fondo. Recordó que no es posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no estaban a cargo de las AFP para la fecha del traslado. De igual modo, consideró que siendo válida la afiliación, no hay lugar a trasladar capital alguno, precisando que de declararse la ineficacia o nulidad del traslado, no habría lugar a la devolución de los gastos de administración, dado que la rentabilidad de la que se beneficia el demandante surge del cumplimiento de un deber legal de la administradora, quien cumplió con sus gestiones de manera oportuna y eficiente, contrario sensu, en el evento de devolverse, se causaría un enriquecimiento sin causa por parte del

accionante. Igualmente, arguyó que no habría lugar a la devolución de las sumas correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, en tanto los riesgos se cubrieron en debida forma durante la vigencia de la afiliación. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 67 a 94).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones de la demanda, argumentando que, el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, en tanto, no probó la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo en la afiliación al fondo privado, por lo cual, no es procedente la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional efectuado por el accionante. Aseveró que el traslado se efectuó con la voluntad plena del demandante y con el lleno de los requisitos legales, de allí, que aquel de forma libre suscribió el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. Recordó que el demandante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse con una norma anterior a la Ley 100 de 1993, dado que, al 1 de abril de 1994, no cumplía los requisitos de edad y/o tiempo de servicio. Agregó que el demandante en calidad de afiliado, también tenía deberes, tales como, el de informarse respecto del contrato que suscribió y en ese sentido debió conocer el derecho de retracto establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, norma que es de obligatorio cumplimiento y debe ser conocida por todos. Adujo que el demandante no manifestó inconformidad alguna durante los 19 años que estuvo afiliado al RAIS, excusándose en el desconocimiento de la ley. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas», «innominada o genérica» y «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguro social del orden público» (Fls. 149 a 156).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de febrero de 2021, absolvió a COLPENSIONES y a la A.F.P. PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las personas que cumplan con los

requisitos para ser afiliados al RAIS no podrán ser rechazadas por los fondos privados, en tanto, podrían incurrir en una conducta de selección adversa, por lo cual la AFP tenía la obligación de admitir la afiliación del demandante. Al analizar la existencia de un vicio en el consentimiento, encontró que no se evidenció algún tipo de constreñimiento para efectuar el traslado, ni se acreditó que el asesor de la AFP tuviera el ánimo de perjudicar su derecho pensional en el futuro, máxime cuando, se le brindó una asesoría individualizada al actor, se le informó por medio del formulario de afiliación que realizaría aportes voluntarios y se le suministró información como la naturaleza de los fondos, la edad y densidad de semanas que debía cotizar, según dedujo del interrogatorio de parte del actor y del formulario de afiliación respecto de los aportes voluntarios. Respecto del error, precisó que no se acreditó su existencia, teniendo en cuenta que el accionante desde 1994 y por más de 24 años ha sido gerente administrativo de la empresa en la cual labora, lo que le permitió analizar las circunstancias que rodeaban las especulaciones sobre la liquidación del ISS, siendo así que podía dilucidar mejor una decisión respecto del traslado, resaltando que podía tener una mayor diligencia que una persona del común. Concluyó que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es menester probar que no hubo un consentimiento informado y que esa circunstancia se originó en un error, fuera o dolo, sin que en el sub lite lo encontrara acreditado. Agregó que aún en el escenario de declarar la ineficacia de la afiliación inicial, sería procedente declarar deducir una afiliación tácita, toda vez que el comportamiento del accionante denotó su interés de permanecer en el RAIS, pues permaneció afiliado allí por años y no retornó oportunamente a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial del demandante, apeló la decisión con la finalidad de que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que, el A quo realizó una valoración inadecuada del interrogatorio de parte rendido por el demandante, puesto que aquel no afirmó que recibió una asesoría individualizada, sino que un funcionario de la AFP lo abordó, así mismo que señaló que al momento del traslado del régimen, la AFP sólo le informó las ventajas del traslado, guardando silencio sobre las desventajas. Aseguró que el fondo privado no acreditó que realizó la doble asesoría que el demandante solicitó, configurándose una conducta negligente de su parte. Indicó que el fallador de primera instancia, no analizó el dolo debidamente, dado que no es dable afirmar que por la profesión del actor, aquel debió conocer si en efecto se perderían sus recursos en el ISS, como le había dicho el asesor de la AFP, pues, a su juicio, ante una afirmación de ese tipo según las máximas de la experiencia, el actuar normal es realizar el traslado de régimen para evitar la

pérdida del capital. Asimismo, aseveró que no se analizó el dolo desde las desventajas del traslado y las expectativas del derecho pensional, en tanto el A quo, asumió que el demandante ya conocía las características de los regímenes pensionales y que conocía el valor de mesada, pese a que el mismo nunca afirmó eso, que contrario sensu, se debió determinar si la presencia del asesor del fondo era suficiente para que el demandante tomara la decisión de cambiarse de régimen. Aclaró que si el asesor de la AFP no le hubiera manifestado al demandante que sus aportes corrían riesgo en el ISS, aquel no habría tomado la determinación de cambiarse de régimen. Reiteró su inconformidad con respecto a que el A quo encontró que el demandante por su profesión debía tener un mayor grado de diligencia, dado que, a su juicio, se debe aplicar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en cuanto a la carga de la prueba de las AFP, esto es, que deben acreditar que brindaron la información clara, contundente, concisa y completa al momento del traslado, precisando que la AFP PORVENIR sólo allegó el formulario de afiliación y las respectivas actualizaciones. Al punto, señaló que no es posible afirmar que existió un consentimiento libre por parte del demandante, en virtud del indicio derivado de la expresión del formulario de afiliación respecto a los aportes voluntarios, toda vez que el actor sólo efectuó el traslado en vista de lo que le dijo el funcionario de la AFP, originando un vicio en el consentimiento.

De otra parte, adujo que en caso de no encontrar dolo, se debe analizar la existencia de un error, puesto que fue el asesor comercial de la AFP quien cambió la percepción que tenía el demandante sobre la situación del ISS, en tanto, fue allí cuando se convenció de que debía efectuar el traslado o perdería sus aportes. Concluyó que al haberse demostrado la existencia de un error en el consentimiento, incumbía a la AFP desvirtuar tal hecho y no al juzgador bajo el indicio encontrado. Finalmente, expresó que la decisión desconoció lo reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación con la carga de la prueba y que el juzgador por vía indiciaria concluyó que sí hubo consentimiento del demandante.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado del demandante presentó alegatos en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando revocar el fallo proferido. Por su parte, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegaciones en similares términos a los expresados en la contestación y solicitaron se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Pese a que la parte demandante no aportó siquiera el documento de identificación donde se acredita la fecha de nacimiento, se advierte de los distintos documentos aportados al plenario que el señor JUAN CARLOS PEÑA nació el 22 de septiembre de 1956 (Exp. Digital CC-19360685_GRP-SCH-HL-66554443332211_1688 20200123084031.PDF), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 09 de marzo de 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR y COLPENSIONES el 05 de junio de 2019 (Fls. 19 y 21), es decir, cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos tenía 686 semanas cotizadas, equivalentes a 13 años, 4 meses y 2 días (Exp. Digital CC-19360685_GRP-SCH-HL-66554443332211_1688 20200123084031.PDF), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de junio de 1994 (Fl. 95), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la

pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva en que, la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 95), plasmado en

el formulario de afiliación a COLPATRIA, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLPATRIA en su momento, omitió en el momento del traslado de régimen (16 de junio de 1.994, fl. 95), el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante sea beneficiario del régimen de transición o contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen pensional. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que el actor hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de no haberse orientado sobre las características propias del RAIS al

momento del inicial traslado de régimen, que es lo que debe acreditarse al tenor de las citadas sentencias de tutela.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando el demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PORVENIR S.A., por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculado el actor, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración, y el valor de los aseguramientos verificados, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración y demás valores debitados (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se REVOCARÁ la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de PORVENIR S.A.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, DECLARAR la INEFICACIA del traslado y la afiliación efectuada por el señor

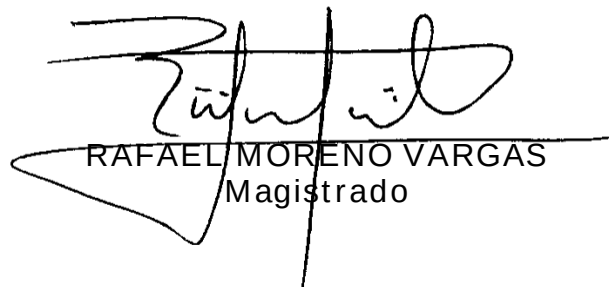
JUAN CARLOS PENA DÍAZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, ante la AFP PORVENIR S.A. el 16 de junio de 1994; y como consecuencia de ello, ORDENAR a PORVENIR S.A., entidad donde se encuentra afiliado actualmente el accionante, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración y el monto de las pólizas de seguros, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que acepte el traslado del accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

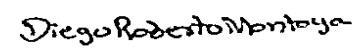
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GLORIA LUCÍA GALLEGO GÓMEZ contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, UGPP. Rad. 110013105-015-2019-00664-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, además de surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP, de quien es garante la Nación, de acuerdo con lo previsto por el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA LUCÍA GALLEGO GÓMEZ, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que tiene derecho a que la UGPP, le reconozca y pague la pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 8° la Ley 171 de 1961, tal y como se estipuló en audiencia especial de conciliación, a partir del 20 de diciembre de 2013 incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre y de manera indexada. Mas lo ultra y extra petita y costas y agencias en derecho

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que se vinculó a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de septiembre de 1974 hasta el 22 de octubre de 1991. Que el contrato de trabajo terminó por mutuo consentimiento el 23 de octubre de 1991 de conformidad con lo pactado en la audiencia especial de conciliación el 22 de octubre de 1991. Asegura que prestó sus servicios personales durante 17 años 01 mes y 09 días en el cargo de Secretaría

Grado 07 en la oficina de Pereira, Risaralda. Informa que el último salario devengado lo fue la suma de \$232.796. Que nació el 20 de diciembre de 1953, cumpliendo 60 años de edad el 20 de diciembre de 2013. Asegura haber realizado reclamación administrativa mediante escritos dirigidos a la entidad demandada el 23 marzo de 2018 (fls. 3-17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que para que un extrabajador tenga derecho a la mencionada pensión se requiera que antes del 1 de abril de 1994 hubiera cumplido las condiciones de edad, tiempo de servicios y retiro voluntario, pues hasta esa fecha únicamente tenía una mera expectativa. De igual forma para que un extrabajador pueda acceder a la pensión reclamada después de haber laborado 15 años de servicio al sector oficial debe haber sido despedido sin justa causa o haberse retirado voluntariamente y en el presente caso el contrato termino por MUTUO CONSENTIMIENTO Y ACUERDO DE VOLUNTADES, tal y como lo advierte el acta de conciliación debidamente suscrita y allegada al proceso. Agregó que la PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION que se encuentra consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 fue DEROGADO por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, esta última disposición es la que regula el derecho a la pensión restringida en la fecha en que se produjo el retiro de la demandante a la Caja Agraria, momento en el cual pudo causarse la pensión que reclama. Como excepciones previas propuso la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales por indebida acumulación de pretensiones, falta de agotamiento de la actuación administrativa, antes falta de agotamiento de la vía gubernativa, y como excepciones de fondo propuso las de «cosa juzgada», «conciliación», «presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero», «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «pago», «falta de causa», «prescripción», «buena fe» y «compensación» (fls. CD fl. 36).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 04 de fecha de 2021, el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió condenar a la UGPP a reconocer y pagar en favor de la demandante, la pensión restringida de jubilación a partir del 20 de diciembre de 2013 en cuantía de \$840.376, sobre 14 mesadas al año, con los reajustes anuales y adicionales debidamente indexadas hasta el pago efectivo. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2015.

Para arribar a tal conclusión consideró, en síntesis, que dada la naturaleza jurídica de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, la demandante ostentó la calidad de trabajador oficial y acumuló un tiempo de servicios superior a 15 años, que su retiro fue voluntario y que cumplió los 60 años exigidos el 20 de diciembre del 2017, motivo por el

cual cumplía con los requisitos exigidos por la normatividad citada, advirtiendo que la Sala de Casación Laboral ya ha estipulado que la Ley 100 de 1993 no ha derogado lo tocante a la pensión sanción de los trabajadores oficiales, por lo que los empleados estatales aún están regidos por la pensión restringida de jubilación o pensión sanción. Informó que el monto de la primera mesada pensional debía calcularse conforme al último salario devengado, más la prima de antigüedad en una sesentava parte, el cual fue de \$1.310.061 y que teniendo en cuenta que había laborado 6.248 días, se debía calcular la proporción de acuerdo con el tiempo laborado, lo cual equivalía al 64.5% del salario promedio mencionado, el cual debía ser actualizado y encontró probada la excepción de prescripción de forma parcial.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora la apeló parcialmente, indicando que la pensión se reconoce en virtud del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, por lo que deberá aplicarse conforme a esta normatividad y no con normas posteriores que no tienen que ver con la pensión restringida. A su vez, el Ministerio de Agricultura certificó que el IBL devengado por la demandante en el último año de servicios fue por una suma de \$232.796 y bajo la fórmula empleada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tendría como primera mesada la suma de \$1.523.845,08 y la prima de antigüedad se devengaba de manera mensual en la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, era un derecho convencional pactado entre las partes, por lo que no debe dividirse en sesentavas partes.

De igual modo, la parte demandada interpuso recurso de apelación arguyendo que debe revisarse la forma de terminación del contrato de la demandante, pues este contrato inició a término indefinido y finalizó por mutuo acuerdo entre las partes, mediante acta de conciliación; por ende, no se dio por retiro voluntario de la parte accionante sino por mutuo acuerdo entre ambos extremos. Por otro lado, a la demandante no le asiste el derecho a la pensión restringida de jubilación puesto que, el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 ha perdido su vigencia con la entrada en vigencia de la Ley 100/1993, disposición que no contempla las pensiones por retiro programado y la relación laboral entre las partes se dio por terminada por mutuo acuerdo entre ambas y no por retiro voluntario; de esta manera, para que la accionante hubiese podido acceder a la pensión reclamada debió reunir los requisitos que se exigen antes del 01 de abril de 1994, esto es, las condiciones de edad, tiempo de servicio y que el retiro fuera de forma voluntaria; empero, la actora contaba con una mera expectativa del reconocimiento de la pensión restringida. Finalmente, solicitó se analice la condena en costas pues estas solo dan lugar en la medida en que se demuestre su causación, ya que estas no son una consecuencia automática del

proceso, pues el Juez debe asumir la conducta de las partes y en el presente asunto, la entidad demandada actuó de buena fe.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada UGPP presentó alegatos de conclusión demandante en similares términos a los indicados en la alzada. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación establecer si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida establecida por el art. 8° de la Ley 171 de 1961, y de ser así, establecer el monto de la misma. Finalmente, se revisará la imposición en costas.

CONSIDERACIONES.

Pensión restringida de jubilación.

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, estableció pensiones proporcionales de jubilación derivadas de tres situaciones distintas, conforme lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, a saber:

- (i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años de edad,
- (ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años de edad, y
- (iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años de edad.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que una vez cumplidos los requisitos anteriormente citados, se causa el derecho a la pensión de jubilación proporcional, quiere decir ello que es a la fecha del despido sin justa causa o a la fecha del retiro voluntario, ya cumplido el tiempo de servicios exigido que se causa el

¹ Sentencia 37312 del 3 de febrero de 2010.

derecho, puesto que el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho².

Ahora bien, para no entrar en mayores disquisiciones, esta Sala de Decisión, considera pertinente definir en primer término, si tal y como lo reclama la parte demandada, el requisito de la edad se debía cumplir antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues esta última no previó dicha pensión especial. A este respecto, basta decir, que ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia laboral en explicar que de ninguna manera dicha prestación quedó derogada con la Ley 100 de 1993 como tampoco se subrogó a cargo del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, por la potísima razón que aquella no cubre el riesgo de vejez, argumento que a su vez ha sido el fundamento para concluir que por esa razón es compartible con la pensión de vejez que llegare a reconocer el ISS, hoy Colpensiones. Este criterio ha sido hilado desde el pronunciamiento del 03 de febrero de dos mil diez (2010) en el proceso radicado bajo el número 35426, con ponencia del Magistrado Luis Javier Osorio López, en el que se dijo lo siguiente:

«Para dilucidar la controversia es indispensable precisar si las pensiones reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, fueron asumidas por el Instituto de Seguros Sociales al expedir el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año.

“...el Instituto de Seguros Sociales no asumió el riesgo que a ella (pensión sanción) corresponde, ni sustituyó a los patronos en las obligaciones de pagarla. De un lado, porque las normas como se advirtió antes, dejó intacta la dicha obligación patronal y reconoció la posibilidad de concurrencia de las dos pensiones, y de otro, porque la pensión restringida o especial no atiende propiamente el riesgo de vejez, sino que fue establecida con el carácter de pena o sanción para el patrono por el despido sin justa causa del trabajador que había servido largo tiempo, como garantía de la estabilidad de éste en el empleo y de que por este camino pudiera llegar a obtener el beneficio de la jubilación, frenando así y restándole eficacia a la utilización de aquel medio por el empresario para evitarlo. En consecuencia, esta clase de pensiones, vale decir las que se causan por despido injustificado después de 10 o 15 años de servicios y sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de los Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, continúan en pleno vigor, son independientes de las que deba reconocer el Instituto y corren a cargo exclusivo del patrono».

Tesis que además se ha venido reiterando por la Alta Corporación, entre otras muchas, en la SL622-2019 del 27 de febrero de 2019, donde además se advierte que el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 no derogó el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, respecto de la pensión restringida de los trabajadores oficiales.

Con base en los parámetros legales y jurisprudenciales, se procede al estudio del caso en concreto:

² Sentencia 51859 del 26 de noviembre de 2014.

La Corte Constitucional en la sentencia C – 074 de 1993 definió la naturaleza jurídica de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, como una sociedad de economía mixta, vigilada por la Superintendencia Bancaria y sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo que se arriba a la conclusión de que la demandante tuvo la calidad de trabajador oficial y en esa condición el tiempo de servicios le permite beneficiarse de las premisas legales del artículo 7º de la Ley 171 de 1961.

Según certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se acreditó que la demandante laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito, Agrario, Industrial y Minero del 13 de septiembre de 1974 hasta el 22 de octubre de 1991 (fl. 20), que corresponde 17 años, 1 mes y 10 días, tiempo con el que cumple uno de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación proporcional.

La relación laboral terminó por conciliación celebrada por la actora y su empleador el 22 de octubre de 1991 ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, en la cual de manera libre y voluntaria pactaron la terminación por mutuo consentimiento del contrato de trabajo (fls. 21 a 24).

De conformidad con lo anterior, se concluye que la actora se ubicó en la hipótesis tercera del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues acredita cumplidos más de 15 años de servicios a favor de la entidad y su retiro fue voluntario, pues la conciliación se le asimila a ello como lo tiene adoctrinado la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia³; así las cosas se concluye que le asiste derecho a la pensión de jubilación proporcional desde el 05 de agosto de 2017, fecha en la que cumplió 60 años de edad, pues nació el mismo día y mes de 1957 (fls. 19 y 20), ya que como se expuso en antelación, el cumplimiento de la edad es solo una condición para la exigibilidad del derecho.

Valor de la primera mesada pensional.

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961 establece que la cuantía de la mesada pensional será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador con la pensión plena de jubilación, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Al respecto, para determinar el promedio salarial a tener en cuenta, debe acudir a los conceptos salariales contemplados en la Ley 62 de 1985, que prescribe cuales tienen esa característica, conforme lo ha considerado la H. Sala Laboral de la CSJ, citando a modo

³ Sentencia 51859 del 26 de noviembre de 2014.

de ejemplo la reciente sentencia radicada al No. 49156 del 9 de marzo de 2016 (SL 9571 de 2016).

A efecto de la fijación del IBL a tener en cuenta para la determinación del monto de la pensión reclamada, la Sala de Decisión deja de presente que la acreencia que se reclama es una prestación a cargo única y exclusivamente del empleador y no del régimen de seguridad social y por ende no está a cargo de ninguna entidad de seguridad social o de alguna que responda por las prestaciones derivadas del citado régimen, por lo que la prueba a tener en cuenta para el efecto es y no puede ser otra que la certificación que el ex empleador expida de los conceptos devengados por la actora y que en este proceso obra visible en el folio 20, en la que se evidencia que de los conceptos devengados en el último año de servicios, sólo corresponde tener en cuenta para fijar el IBL el salario básico en la suma de \$127.808 y la prima de antigüedad por valor de \$35.787, respecto de éste último concepto, debe aclararse que al respaldo de la referida certificación se acredita que se devengaba de manera mensual y sólo debe tenerse en cuenta su sesentava parte (SL 17066 de 2014). De acuerdo con lo anterior el IBL a tener en cuenta será la suma de \$128.404 valor que indexado con base en la fecha de terminación (23/10/1991) y la fecha de cumplimiento de los 60 años de edad (20-12-2013), determina un valor de \$1.310.053 cifra a la que se le aplicará una tasa de reemplazo equivalente al 64.5% que corresponde al tiempo proporcional laborado por la actora, por lo se determina el valor inicial de la mesada pensional al año 2013 en la suma de \$844.984, circunstancia por la que se modificará la decisión de primera instancia.

Se confirmará lo atinente a la fecha en que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, pues de conformidad con los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS, las mesadas causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2015, toda vez que la prestación se hizo exigible el 20 de diciembre de 2013, la demandante presentó la reclamación administrativa el 23 de marzo de 2018 (fl. 25), y la demanda fue presentada el 08 de octubre de 2019 (fl. 31), con lo cual se configuró parcialmente dicho medio exceptivo.

A su vez, razón le asistió al a quo en definir que se deben 14 mesadas al año, pues al no ser la edad un requisito para la configuración del derecho sino de su disfrute, el mismo se causó desde el año 1991, es decir, desde antes que entrara en vigencia el acto legislativo 01 de 2005, argumentos suficientes que imponen la confirmación de la decisión de primera instancia en ese puntual aspecto.

En ese sentido, habrá de adicionarse igualmente la decisión en el sentido de cuantificarse el retroactivo, por lo que realizada la operación aritmética por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2015 y el 31 de marzo de la presente anualidad arroja la suma de \$112.296.998,84, suma que deberá indexarse al momento del pago, sin perjuicio del que

se siga causando en lo sucesivo.

AÑO	Variación IPC	Mesada	No. MESADAS	TOTAL
2.013	0,0194	844.984,46	PRESCRITO	PRESCRITO
2.014	0,0366	861.377,16	PRESCRITO	PRESCRITO
2.015	0,0677	892.903,57	11,27	10.063.023,18
2.016	0,0575	1.274.506,00	14,00	17.843.084,00
2.017	0,0409	1.347.790,10	14,00	18.869.061,33
2.018	0,0318	1.402.914,71	14,00	19.640.805,94
2.019	0,0380	1.447.527,40	14,00	20.265.383,57
2.020	0,0161	1.502.533,44	14,00	21.035.468,14
2.021	-	1.526.724,23	3,00	4.580.172,68
TOTAL, RETROACTIVO				112.296.998,84

Por último, se aclara que esta pensión es de carácter compatible en los términos del Acuerdo 029 de 1985, por lo que en caso de que se le llegare a reconocer una pensión de carácter legal, a la entidad demandada sólo le corresponderá asumir el mayor valor que se genere entre las dos pensiones.

Respecto a la condena en costas, debe indicarse que de conformidad con el artículo 365 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del art. 145 del CPT y SS, la condena en costas procede respecto a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto, por lo que, bajo esas premisas, corresponde fijarlas a cargo de la UGPP, por resultar condenada en la presente causa, lo anterior, sin tener en cuenta si se actuó o no de buena fe en sede administrativa.

En consecuencia, se modificará el ordinal 1º de la sentencia de primer grado, para en su lugar, modificar el valor de la mesada pensional, fijar el valor del retroactivo por los periodos antes dichos y sobre 14 mesadas pensionales al año, así como autorizar los descuentos en salud.

Así se decidirá, sin costas en la instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

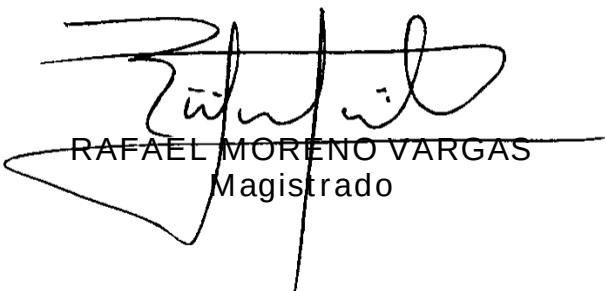
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primer grado, para en su lugar, fijar como monto de la primera mesada pensional la suma de \$844.984,46, resultando como retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 23 de marzo

de 2015 y el 31 de marzo de la presente anualidad la suma de \$112.296.998,84, la cual deberá indexarse al momento del pago, sin perjuicio del que se cause en sucesivo, de los cuales se autorizan los descuentos en salud, calculada sobre 14 mesadas pensionales al año; precisando que esta pensión es de carácter compartible en los términos del Acuerdo 029 de 1985 con la que se le llegare a reconocer a la actora de carácter legal. Todo lo anterior, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERREÑO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALBA NORA HUERTAS CUERVO contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN Rad. 110013105-016-2019-00404-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de la parte accionada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de febrero de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora ALBA NORA HUERTAS CUERVO, promovió demanda ordinaria laboral, en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen que realizó el día 24 de junio de 1994, del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS - Hoy COLPENSIONES a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., por la indebida y nula información que del fondo privado, para convencerla que se trasladara de régimen pensional; consecuentemente, se ordene anular el traslado entre administradoras del RAIS efectuado el 1° de julio de 1997 de COLPATRIA - hoy PORVENIR a PROTECCIÓN S.A. Solicitó ordenar a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN, y PORVENIR S.A., realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen efectuado el 24 de Junio de 1994, por consiguiente, ordenar a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren

depositados en la Cuenta de Ahorro Individual, asimismo, solicitó ordenar a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad y, una vez reciba los aportes proceda a corregir y actualizar su historia laboral y que para todos los efectos la única afiliación válida fue la efectuada el 1 de marzo de 1984 al Régimen de Prima Media; se condene en costas y gastos del proceso, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el día 4 de enero de 1966, señaló que se afilió al Sistema General de Pensiones con el RPMPD el día 1 de marzo de 1984, cotizando un total de 268 semanas, manifestó que el día 24 de junio de 1994, encontrándose vinculada laboralmente con el empleador CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A. le fue aprobado su traslado del ISS a COLPATRIA, advirtiéndole que esa aparente decisión libre y voluntaria en la afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió. Mencionó que el día 1 de julio de 1997, realizó el traslado entre administradoras del RAIS de COLPATRIA a PROTECCIÓN S.A., precisando, desde su afiliación al RAIS el 24 de junio de 1994 hasta el 31 de mayo de 2019, cotizó a ese régimen un total de 1.286 semanas, siendo la última a AFP PROTECCIÓN S.A., por lo que hasta el 31 de mayo de 2019 cotizó al Sistema General de Pensiones con los dos regímenes un total de 1.690 semanas, resaltando que PROTECCIÓN S.A. debió informarle antes del 4 de enero de 2013 sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, situación que no ocurrió. Mencionó que PROTECCIÓN S.A. le informó, que su pensión de vejez en el RAIS, se establecería en un valor de \$2.884.348 como mesada pensional para el año 2023, fecha en la que cumpliría los 57 años de edad. Adujo que elevó Derecho de Petición al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. el día 8 de Marzo de 2019 solicitando la nulidad del traslado de régimen efectuado el 24 de junio de 1994, en igual sentido, radicó Derecho de Petición al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. el día 8 de marzo de 2019, solicitando la nulidad del traslado de régimen efectuado el 24 de junio de 1994; y finalmente, mencionó que el día 8 de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen efectuado el 24 de junio de 1994 (fls. 63 a 79).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS -PROTECCION, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, solicitando se absuelva de las mismas; argumentó para tal fin, que la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN S.A., junto con los demás fondos de pensiones,

realizaron campañas con el objetivo de mantener informados a sus afiliados respecto de la posibilidad de retomar al RPM, previo a acreditar los requisitos establecidos en las normas que para el caso corresponden, publicando comunicado de prensa en diario de circulación nacional El Tiempo, el día 15 de enero de 2004, además de esmerarse en capacitar a todos sus asesores a efectos que brinden la debida información a quienes pretenden afiliarse o que ya se encuentren afiliados al RAIS, manifestó que el día 22 de julio de 1997, la accionante suscribió solicitud de vinculación a la AFP DAVIVIR, afiliación que se materializó a partir de la Información suministrada por la demandante de manera libre, espontánea, voluntaria y sin presiones, con la firma en el formulario de suscripción que lo reviste de legalidad, sin hallarse situación anómala o constancia que vicie el consentimiento; tales como error, fuerza, dolo, de lo cual no existe prueba en contrario. Advirtió que la actora reafirmó su deseo de permanecer vinculada al régimen de ahorro individual a través de los distintos traslados realizados. Finalmente expresó que la señora HUERTAS CUERVO al momento del traslado de régimen, no era beneficiarla del régimen de transición. Formuló como excepciones de fondo las de «Declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP», «Buena fe por parte de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION S.A.», «Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «Prescripción» y «Excepción genérica » (fls. 119 a 124).

A su turno la AFP PORVENIR S.A. se opuso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, toda vez que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en tanto, su elección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria, precedida del cumplimiento en el deber de información por parte del fondo. Recordó que no es posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de las AFP para la fecha del traslado. Concluyó, que el acto de traslado de régimen es completamente válido, pues cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad entonces vigente y no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide. Propuso como excepciones de fondo las de: «Prescripción», «Prescripción de la acción de nulidad», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «Buena fe». (fls 137 a 155).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a su vez, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra al considerar que el traslado realizado por la señora HUERTAS CUERVO se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, indicó que es evidente que el traslado del RPMPD al RAIS se realizó de manera voluntaria por la demandante, pues para la época del traslado, es decir 1994, no hacía falta más que la expresión de su querer trasladarse a otro régimen ratificado mediante la firma del formulario del traslado a otro Fondo de Pensión, advirtió que no puede la demandante aducir un error o algún vicio en su consentimiento, toda vez que el demandante con su permanencia por más de 16 años, corroboró su intención de querer permanecer dentro del RAIS, adujo que la demandante no suministró prueba alguna del error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento, más allá de afirmarlo, contrariando los propios actos, al existir manifestación de voluntad expresa en la firma del formulario de afiliación. Finalmente, explicó que las pretensiones no están llamadas a prosperar, más aún cuando al momento del traslado de régimen, la demandante no era beneficiaria del régimen de transición. Como excepciones de fondo propuso las de: «Prescripción y caducidad», «Inexistencia de la obligación», «Presunción de legalidad de los actos administrativos», «Buena fe» e «Innominada o genérica» (fls. 169 a 175).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 22 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado al RAIS que se llevó a cabo el día 24 de junio de 1994 y en virtud del cual la señora demandante tuvo participación, esto en razón a la omisión en el deber de información por parte de la administradora de fondos de pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., asimismo, declaró ineficaz el traslado entre fondos de pensiones del orden privado que se realizó el 22 de julio de 1997 con destino a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., por omisión en el deber de información. Condenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con la totalidad de sus intereses, réditos, bonos pensionales o sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, y en general todas las sumas que corresponden al monto de las cotizaciones que fueron efectuadas en favor de la demandante al RAIS; con destino a COLPENSIONES, condenó a COLPENSIONES a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante conforme a lo condenado, y a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD, respecto del cual se declara es el único al que

válidamente se ha encontrado afiliada la demandante en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado y finalmente, condenó en costas de la instancia a la parte demandada, ordenó practicar la liquidación por Secretaría incluyendo el monto de 1/2 SMLMV a cargo de cada una de las AFP privadas demandadas y de 1/4 SMLMV a cargo de COLPENSIONES, como valor de las agencias en derecho.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que constitucionalmente se dispone de los principios de autonomía y libertad, en este caso, para expresar su voluntad ante negocios jurídicos la voluntad debe estar desprovista de vicios del consentimiento, en concordancia, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado el tema del consentimiento informado, sobre todo en torno al cambio de Régimen pensional destacando las reglas del deber de informar, en principio, teniendo la carga de la prueba las Administradoras de fondos de pensiones, que basta comprobar que se ha omitido de manera grave el deber de información para verse favorecido con las consecuencias que entraña el traslado de régimen, que no es suficiente la firma de un formulario de información para con esto probar el consentimiento informado, que la prescripción extintiva y el saneamiento del traslado de régimen no son fenómenos que se apliquen per se en este tipo de asuntos, todo sin perjuicio de la valoración concreta que se haga en cada caso específico, así, se está frente a la ineficacia cuando existen estas omisiones en el deber de información. Según lo anterior, y conforme a las pruebas allegadas, el operador judicial estimó que ni PROTECCION S.A. ni PORVENIR S.A. y menos COLPENSIONES, lograron demostrar de manera alguna que para el 24 de junio de 1994, fecha en la cual la demandante hizo el traslado de Régimen pensional se haya cumplido, por parte de DAVIVIR, fondo al que se trasladó, con las cargas que les correspondían con respecto al deber de información, y tampoco demostraron que con el tiempo se hubiera subsanado estas falencias, concluyendo así, que se configura la ineficacia de traslado de Régimen con los efectos legales pertinentes, Agregó que respecto al interrogatorio realizado al extremo demandante, allí no se vislumbró una afectación de hechos que favorezcan la tesis de que en efecto se le asesoró sobre las características y consecuencias de los Regímenes pensionales, de modo que, la carga de la prueba que recayó en la parte accionada no fue satisfecha, y no pudo serlo simplemente con la aportación del formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

Por su parte, la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., apeló la decisión respecto a la condena por gastos de administración y de seguro provisional, argumentando que resulta improcedente la devolución de gastos de

administración por parte de la entidad, ya que esta orden va en contra de una norma superior, refiriéndose al art. 20 de la Ley 100 de 1993, el cual dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Mencionó que el fallador desconoce también el principio de igualdad que debe existir entre las partes, concediendo a la demandante la devolución de los dineros de gastos de administración y rendimientos, olvidando la gestión profesional realizada por el fondo para que los recursos crezcan exponencialmente, tarea que no es realizada a título gratuito, máxime cuando la entidad tiene que sufragar los costos de pago a los funcionarios para realizar una buena administración de los dineros, por lo que de confirmar la condena se estaría auspiciando un enriquecimiento son justa causa a la demandante en perjuicio de PROTECCION S.A.

La apoderada judicial de COLPENSIONES, a su vez, apeló la decisión parcialmente contra la sentencia proferida, teniendo en cuenta que entre la afiliada y el fondo privado se celebró un contrato y teniendo de presente la teoría del negocio jurídico y la autonomía de la voluntad, correspondía a las partes modificar o dejar sin efectos ese acto celebrado, por lo tanto, al momento del traslado, no era COLPENSIONES la competente para dejar sin efecto un negocio del cual no hizo parte, por lo que es tarea únicamente de los jueces decidir si existió o no alguna razón para dejar sin efecto el acto celebrado, de tal manera que COLPENSIONES no puede ser condenada en costas procesales, toda vez que la misma no hizo parte de dicho acto, y si bien presentó oposición a las pretensiones de la demanda, lo hizo en virtud de la normativa vigente, por lo anterior solicitó se revoque la condena en costas impuesta a COLPENSIONES y se condene no solo a PROTECCION, sino también a PORVENIR a la devolución de todos los aportes realizados por la demandante, junto con las cuotas de administración, garantías de pensión mínima, seguros provisionales y los rendimientos financieros, como lo dispone la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, puesto que durante el tiempo de afiliación en este fondo también se generaron descuentos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia. La parte actora, solicitó se confirme la decisión. PROTECCIÓN S.A. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

A folio 14 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 04 de enero de 1966, por lo que cumpliría 57 años el mismo día y mes del 2023, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 08 de marzo de 2019 (fls. 51 a 62), es decir previo a la edad exigida para adquirir el derecho pensional, pero menos de diez años para alcanzarla; otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 356 semanas cotizadas a (fls. 176 y 177), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 09 de junio de 1994 (Fl.156), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la

obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 156), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado,

dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (09 de junio de 1994, fl. 156), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral. Por lo anterior, no es dable acceder tampoco a adicionar la decisión de primer grado, como quiera que allí se ordenó la referida devolución

por parte de la entidad que actualmente administra los aportes de la actora, para que COLPENSIONES tenga como afiliada a la actora.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR y COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas sin que haya lugar a modificación alguna pues así se impuso en primera instancia.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación de los recurrentes como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

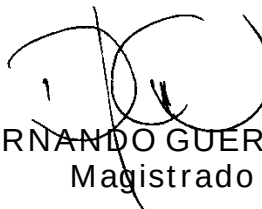
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado JOHN PETER MUÑOZ ALONSO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS. Rad 110013105-012-2019-00435-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada COLFONDOS contra la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de marzo de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor JOHN PETER MUÑOZ ALONSO, pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en cabeza de la AFP COLFONDOS, realizado en el año de 1994, por el incumplimiento del deber legal de información objetiva que generó un error de hecho que vició su consentimiento, en consecuencia se condene a la AFP COLFONDOS a realizar el traslado de la cuenta de ahorro individual junto con todos sus saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses a COLPENSIONES, en el mismo sentido se condene a ésta a activar su afiliación así como a incorporar en la historia laboral el tiempo cotizado en el RAIS. Finalizó solicitando se condene conforme las facultades ultra y extrapetita, así como al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 27 de enero de 1957, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES el 22 de

octubre de 1987; en el año de 1994 se afilió a COLFONDOS producto de la asesoría brindada por el fondo privado, el cual informó era obligación de todos los trabajadores afiliados trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, y de no hacerlo perderían las semanas cotizadas; así mismo se le manifestó que la mesada pensional en dicho fondo sería superior a la que hubiere podido recibir en el hoy COLPENSIONES, agregó que el asesor omitió informarle sobre su derecho de retracto, de las desventajas e implicaciones económicas del traslado de régimen, como de los diferentes escenarios comparativos de pensión, tampoco se le realizó una proyección de la pensión, ni se le suministró información necesaria, oportuna, clara, veraz, completa, detallada y comprensible para tomar la decisión, induciendo en error; agregó que el 26 de septiembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES realizar el traslado del régimen pensional con fundamento en la falta de información clara y veraz sobre las implicaciones del cambio de régimen resuelta de manera negativa bajo el argumento que se encuentra a 10 años o menos del requerido para pensionarse (Fls. 01 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES S.A., contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas por el actor, y solicitó por el contrario, se absuelva de las mismas, en razón a que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo que permite inferir que era consciente sobre el formulario que suscribió llevándose a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, motivo por el cual se encuentra válidamente afiliado al fondo privado, agregó que el accionante no probó error, fuerza o dolo en la afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fl.74 a 80).

A su turno la AFP COLFONDOS manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto la afiliación efectuada entre el accionante y COLFONDOS se presentó en virtud de su derecho a la libre escogencia de fondo pensional, brindando una asesoría integral y completa frente a las implicaciones de su decisión de traslado de régimen, informando características, funcionamiento diferencias entre regímenes, ventajas y desventajas, así como del derecho de rentabilidad, de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, cumpliendo con los presupuestos de ley. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «buena fe», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS pensiones y cesantías», «prescripción de

la acción para solicitar la nulidad del traslado», «compensación y pago» e «innominada o genérica» (Fls. 112 a 126 y 129).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 05 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por parte del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenó a COLFONDOS a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración; a COLPENSIONES recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la selección de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado, siendo obligación de las AFP suministrar información necesaria con el fin de brindar un criterio claro y objetivo a fin de escoger las mejores opciones del mercado, suministrando suficiente, amplia y oportuna información, pues de lo contrario el traslado resultaría ineficaz, como lo pretendió la parte actora, quien afirmó que no se le brindó información acerca de las características de cada régimen pensional, como de sus riesgos y consecuencias. Resaltó que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, correspondiendo a la administradora de pensiones demostrar que cumplió con el deber de informar y asesorar al momento del acto del traslado de la parte actora; conforme lo anterior de las documentales allegadas al proceso, concluyó que la AFP no acreditó que ofreció una asesoría e información objetiva suficiente y clara al demandante en atención a su situación pensional, sobre los efectos del traslado realizado en 1994, toda vez que solo se aportó el formulario suscrito por el demandante a folio 43, el cual no se encuentra diligenciado de manera completa, lo que llevó al juez de instancia a concluir que no se acreditó que se suministró suficiente información; abonado a ello precisó que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en formatos pre impresos no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, a lo sumo acreditan un consentimiento libre de vicios pero no informado; motivo por el cual el traslado del actor de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz; precisó que no se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera toda vez que si bien los aportes del RPMPD van a un fondo público, mientras los del RAIS a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso, los recursos tienen una destinación específica como lo es el pago de la pensión de vejez, así independientemente del régimen pensional, se tendrá en cuenta las sumas de las semanas cotizadas en cualesquiera de ellos, consideró que esto no afecta de manera alguna la sostenibilidad financiera de la demandada; en cuanto a la prescripción detalló que no es dable su declaración toda vez que la ineficacia conlleva intrínseca la afectación del derecho

irrenunciable de la seguridad social, en especial la pensión de vejez, que resulta imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la AFP COLFONDOS, apeló la decisión, arguyendo para tal efecto la actividad contractual que cumplió Colfondos durante todo el tiempo de la afiliación del demandante; argumentó que se debe determinar los verdaderos efectos de la declaratoria de ineficacia, trayendo a colación el artículo 1746 del código civil, el cual establece que las cosas vuelven al estado en que se encontraban al momento de celebrarse el negocio o el acto, así como el artículo 271 de la ley 100 de 1993, que señala que la afiliación quedará sin efecto y se regresarán las cosas al estado en el que estaban; junto con el artículo 113 de la misma ley, que señala el traslado de los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros. En este sentido, precisó que en el tiempo que el demandante estuvo afiliado, su representada cumplió con su obligación contractual, no siendo posible ordenar la devolución de las cuotas de administración, ya que el artículo 20 establece los porcentajes de dichas cuotas en ambos regímenes, teniendo rendimientos financieros mucho más altos de los que hubiere tenido en COLPENSIONES, aseveró que estos rendimientos financieros, no son del afiliado si no por el contrario son para COLPENSIONES. De otra parte precisó que el demandante estuvo cubierto a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por ello afirmó no es dable desconocer que su representada cumplió con su obligación contractual, no siendo posible ordenar la devolución de las cuotas de administración incluido este rubro, por cuanto este concepto ya que se pagó a un tercero; frente a la costas señaló que no hay otro mecanismo judicial, al no permitirse conciliar o allanarse, solo pudiendo acudir a un proceso, concluyó que el demandante no hizo uso del retracto.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos en los que solicitó se confirme la decisión de primer grado, de igual modo, COLPENSIONES solicitó que se revoque. COLFONDOS guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo

anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 20 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 27 de enero de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 26 de septiembre de 2018 (Fl. 53), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas contaba con 183 semanas (CD fl. 87), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 03 de octubre de 1994 (Fl. 43), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación

hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 43), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

Es claro que de acuerdo con las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (el 03 de octubre de 1994 - fl. 47), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado.

En este orden de cosas, la AFP demandada COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (fl. 43), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido y con este alcance, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

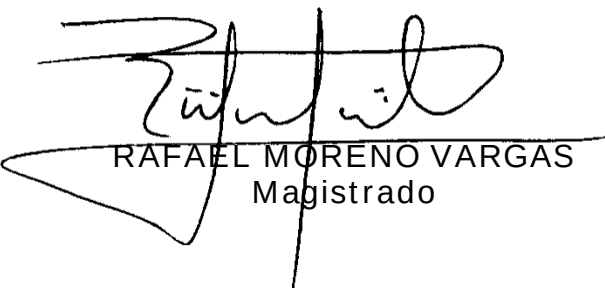
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado GABRIEL ANGEL TORRES GUERRERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad 110013105-037-2019-00540-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor GABRIEL ANGEL TORRES GUERRERO, pretende se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en razón a la omisión por parte de PORVENIR S.A. del deber de información, en consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES como si nunca se hubiere ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad, del mismo modo se ordene a PORVENIR S.A. realizar la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos causados; que en el evento de que PORVENIR S.A. otorgará previamente pensión la continúe pagando hasta tanto sea efectuado su traslado. Finalizó solicitando se condene conforme las facultades ultra y extra petita, así como al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se afilió al sistema de seguridad social el 12 de enero de 1976; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensión, se trasladó de régimen a PORVENIR S.A., el cual se limitó a llenar un formato preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas, y beneficios que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual versus las consecuencias negativas, como tampoco se le entregaron proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en ambos regímenes, así mismo insistió que la AFP omitió informarle cuál es la tabla de mortalidad rentística que se estaba utilizando para proyectar la pensión y que de tener cónyuge o compañero (a) permanente o un hijo discapacitado o menor de edad, el monto de su pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba al tener en cuenta la expectativa de vida conjunta del afiliado, como de sus beneficiarios, del mismo modo se omitió manifestarle su derecho de retracto; explicó que en el evento de haber seguido cotizando en el Régimen de Prima Media a la fecha de cumplimiento de los requisitos pensionales su mesada sería de aproximadamente de \$1.970.821 mientras que en el fondo de pensión PORVENIR será de \$723.294 conforme al estudio comparativo del cálculo actuarial realizado. Concluyó que presentó ante COLPENSIONES la anulación del traslado, solicitud que no fue resuelta (Fls. 01 a 34).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a la prosperidad de las peticiones de la parte actora y solicitó por el contrario, se absuelva de las mismas, en razón a que no le asiste derecho al demandante a la ineficacia de sus decisiones libres y espontáneas, que produjeron el cambio de régimen pensional careciendo de fundamento fáctico y jurídico, resaltó que el traslado se realizó en uso de las facultades de libre escogencia de régimen pensional, encontrándose válidamente afiliado a PORVENIR S.A. no siendo dable el traslado de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, rendimientos e intereses contenidos en la cuenta de ahorro individual. Propuso como excepciones las de «el error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento», «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «cobro de lo no debido», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fl.262 a 272).

A su turno, la AFP PORVENIR S.A. manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas,

argumentando para tal efecto que la afiliación fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, como lo evidencia la solicitud de vinculación documento que se presume auténtico, agregó que en el evento de aceptar que la voluntad del afiliado estuvo viciada por ausencia total de información o insuficiencia de la misma al momento del traslado es incuestionable que siempre se le garantizó el derecho de retracto. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fls. 312 a 341).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado que efectuó el demandante del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A.; en consecuencia ordenó trasladar todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros e igualmente costos cobrados por concepto de administración y a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen y aceptar los valores que remita el fondo privado.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que desde la vigencia de la ley 100 de 1993, existía el deber de información exigiendo como mínimo la ilustración de las características, condiciones, acceso efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, precisando si se es beneficiario del régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales; no siendo suficiente para acreditar el deber de información la suscripción en el formato preimpreso, que si bien del mismo se puede colegir la voluntad, no se concluye que fue informada. En cuanto a la carga de la prueba, precisó que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones; que si bien el demandante no era beneficiario del régimen de transición, para el 28 de junio del año 1999 fecha para la cual se realizó el acto jurídico del traslado, contaba con 997 semanas cotizadas, densidad que consideró el despacho es un derecho en vía de adquisición, aspecto que tuvo que tenerse en cuenta al momento del traslado; que si bien con el formulario de afiliación se cumple con todos los requisitos que se requieran para el perfeccionamiento formal, no es suficiente para acreditar el deber de información. Detalló que de la declaración de parte, se advertía que el demandante de manera alguna expresó circunstancias fácticas que le perjudiquen, que por el contrario señaló que una asesora lo visitó en 3 ocasiones, que por su insistencia la atendió, y le manifestó que le convenía realizar el traslado, que se comprometió a realizar un estudio de conveniencia del traslado, más no la afiliación, motivo por el cual en los años subsiguientes continuó realizando sus cotizaciones ante COLPENSIONES; concluyó de

lo anterior, que la AFP no demostró la asesoría que brindó, ya que no aporta otro elemento de juicio del cual se pueda demostrar el deber de información, que permita colegir que se subsanó la carencia de información, para que el actor tomará la decisión del cambio de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR, apeló la decisión, con la finalidad que se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad, argumentando para tal efecto que el formulario de afiliación es un formulario público que se presume auténtico que no fue tachado de falso, no siendo viable el dicho del demandante que suscribió el mismo sin tener conocimiento que estaba realizando el traslado, toda vez que el título es grande, claro y entendible. Adicional a ello, aseveró que una vez se informó que había estado afiliado al fondo privado no realizó ningún trámite para su regreso a COLPENSIONES, generando su permanencia por más de 21 años con PORVENIR; resaltó que no existe claridad acerca de cuál es el documento que se le exige a las administradoras para demostrar que el afiliado es válidamente afiliado, en el mismo sentido precisó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la ley 797 de 2003, generando aspectos de nivel general, por encima del particular en virtud de la no descapitalización del sistema, no siendo dable escudarse en una supuesta falta de información, cuando su plan de pensión no fue acorde a sus aspiraciones pensionales; en cuanto a los gastos de administración detalló que estos no forman parte integral de la pensión de vejez, por tanto si está destinado a prescribir y generarlos sería lo mismo que generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la codemandada COLPENSIONES.

La apodera judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando se absuelva a su representada de las condenas impuestas, argumentando que de tener al accionante como afiliado al régimen de prima media se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que se funda en la provisión legal del traslado en la que ya se encuentra inmersa el demandante, que si bien es cierto el deber de buen consejo por parte de las administradoras, también lo es que los afiliados tienen obligaciones que el demandante no cumplió, pues la información que extraña no haber recibido se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993 de conocimiento público y obligatorio.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los de la alzada, solicitaron revocar la sentencia en todas sus partes y como consecuencia se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de

pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 100 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 15 de diciembre de 1956, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de mayo de 2019 (Fls. 76), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas contaba con, 727.86 semanas (45 a 47), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 28 de junio del año de 1999 (Fl. 75 y 342), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fl. 75 y 342), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

Es claro que de acuerdo con las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (28 de junio de 1999 fl. 75), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado.

En este orden de cosas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (fl. 77 y 95), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido y con este alcance, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

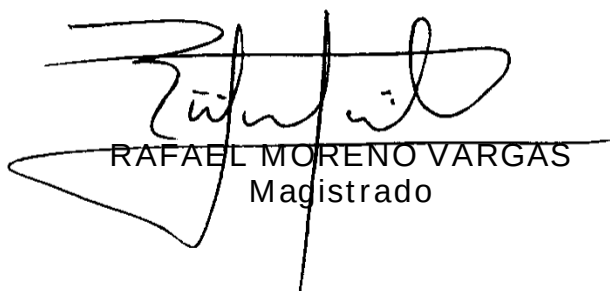
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ STELLA PABON GORDILLO contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-030-2019-00470-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandada PORVENIR, contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de noviembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora LUZ STELLA PABON GORDILLO promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare que la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Horizonte hoy PORVENIR S.A. el 30 de mayo del año 2001, es nulo o inválido por la falta de información al momento del traslado; en consecuencia se ordene a PORVENIR S.A a efectuar el traslado de los ahorros y rendimientos financieros que posee en la cuenta de ahorro individual a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

De manera subsidiaria solicitó se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por horizonte hoy PORVENIR S.A; por no haberse brindado información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, por lo anterior se ordene el reintegro automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de COLPENSIONES, con la totalidad de los valores que

hubiere recibido con motivo de la filiación; finalmente solicitó se condene en costas y agencias en derecho, así como a lo Ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 9 de agosto de 1962, que inició su vida laboral en la Superintendencia de Notariado y Registro el 01 de agosto de 1983 afiliándose a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, que posteriormente se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES en mayo de 1997; explicó que un representantes de Horizonte hoy PORVENIR S.A. le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales, se acabaría porque no contaba con recursos económicos para pagar la pensión de sus afiliados; en el mismo sentido le ofrecieron la posibilidad de obtener su pensión a cualquier edad, pero no le informó los beneficios que perdería al trasladarse de régimen pensional, como tampoco recibió información acerca de los pro y los contra de su afiliación a PORVENIR S.A; agregó que el fondo privado no ha tramitado después de 18 años la inclusión en la historia laboral del sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del tiempo laborado en la superintendencia de notariado y registro comprendido entre el año 1983 y 1994. Aseveró que el 17 de mayo del 2019 radicó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la nulidad o ineficacia de la filiación, solicitud resuelta el 22 de mayo de 2019 de manera negativa, concluyó que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad su mesada pensional sería equivalente a \$772.242 mientras que en COLPENSIONES según la simulación realizada para el año 2018 obtendría una mesada pensional de \$1.275.757 (Fls. 61 a 87 y 90 a 92).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias, argumentó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito es nulo y/o ineficaz toda vez que lo medios de prueba obrantes en el expediente conllevan a concluir que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, suministrando toda la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado del Régimen de Prima Media, precisó que los asesores de PORVENIR le manifestaron a la accionante de manera clara y detallada la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen como las consecuencias. En cuanto a la pretensión subsidiaria precisó que el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales siendo voluntad de la actora trasladarse de régimen, abonado a ello precisó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el literal E del artículo 2 de la ley 979 de 2003 al contar con más de 55 años de edad faltando menos de 10 años para cumplir con la edad para tener derecho a pensionarse,

agregó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por tanto no puede fundamentar que a raíz del traslado perdió algún derecho, siendo imposible para la administradora realizar una proyección pensional cuando la demandante no ostenta ningún derecho pensional. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 109 a 117).

La AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la demandante no allegó prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, no siendo posible la misma invocando un requisito que no existía a cargo de la AFP para la fecha del traslado, abonado a ello precisó que la accionante se encuentra inmersa en la restricción del artículo 13 de la ley 100 de 1993; frente a las pretensiones subsidiarias manifestó que no hay elementos de prueba que sustenten la ineficacia o nulidad de la afiliación a PORVENIR S.A. Propuso como excepciones las de: «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 139 a 157).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 27 de noviembre de 2020, declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la accionante de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL a PORVENIR S.A. el 30 de mayo de 2001; declaró válidamente afiliada a la demandante a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración desde el 1 de julio de 2001, hasta el momento que el traslado se cumpla; costas a cargo de PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme al artículo 52 de la ley 100 de 1993, se le asignó al Instituto de Seguros Sociales la competencia general para la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se prohibió la creación de nuevas cajas de seguridad social de carácter nacional o territorial y los afiliados que optaron por el Régimen de Prima Media fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES motivo por el cual este asumió las obligaciones a cargo de la extinta Caja Nacional de Previsión Social, donde se encontraba afiliada la demandante desde el 01 de agosto de 1983. Por otro lado, indicó que el fondo administrador de pensiones

no acreditó haber proporcionado la suficiente información sobre las implicaciones del cambio de régimen, que si bien es cierto se demostró con la prueba de confesión que la demandante tenía conocimientos sobre los beneficios que traía el Régimen de Ahorro Individual, de la forma para obtener la pensión en el Régimen de Prima Media, lo cierto es no se demostró que se le hubiera informado acerca de la posibilidad de retornar de régimen; razón que lleva a establecer que el consentimiento de la demandante no se vio afectado por el error o la fuerza, sino por el dolo ya que no se le proporcionó la debida información para que comprendiera las implicaciones del traslado de régimen; pues el formulario afiliación contaba con dirección y el teléfono de la trabajadora, para por estos medios haberle indicado la posibilidad de retornar si era su deseo, o de ratificar su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual; no obstante advirtió que este tipo de estudios se deben analizar bajo la ineficacia, concluyó que no se podía colegir con la firma del formulario que se suministró suficiente información.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de PORVENIR SA., apeló la decisión con el fin de que se revoque en su totalidad, arguyendo para tal efecto que para la fecha del traslado de la accionante, se le brindó una asesoría por un espacio de 20 minutos cumpliendo con los requisitos vigentes para la fecha, informando acerca de las características pertinentes del régimen pensional, considerando la actora que Horizonte era su mejor opción teniendo en cuenta el contexto para la fecha, frente a la inminente crisis del Instituto de Seguros Sociales, de lo cual se hablaban diferentes medios de comunicación y que en efecto dicha entidad se liquidó; aseveró que se debe tener en cuenta que la accionante firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, y PORVENIR SA. lo aceptó como lo determina el artículo 102 de la ley de 100 de 1993 el cual establece una obligación negativa, esto es aceptar cualquier persona que firme el formulario de afiliación, pues de lo contrario estaría en contravía de la misma normatividad; agregó que la demandante permaneció durante 19 años en el fondo sin presentar una inconformidad. Recalcó que se cumplieron los requisitos vigentes para la fecha del traslado y que no existió ningún vicio del consentimiento, ya que este no fue probado dentro del proceso; en cuanto los gastos de administración solicitó éstos no se tengan que devolver, toda vez que fueron necesarios para generar el cubrimiento de la invalidez y sobrevivencia, y las comisiones fueron necesarias para generar los rendimientos que en el evento de realizar el traslado de dichas comisiones de administración y de los rendimientos generados en la cuenta se estaría dando a COLPENSIONES una suma adicional frente la cual no realizó ningún tipo de gestión durante los 19 años que la accionante estuvo vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. A su turno, la parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la misma.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 02 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 09 de agosto de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 17 de mayo de 2017 (fl. 13), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 556,57 semanas cotizadas a CAJANAL (fl. 4), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 30 de mayo de 2001 (Fl. 5), específicamente, conforme al formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 5), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera

alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (30 de mayo de 2001), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

De otra parte, frente al hecho de que el actor antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicha Caja de Previsión Social, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliado al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta enero de 1994 (fl.4), destacando, incluso, que con posterioridad, en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4 que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, que siendo hoy Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación del demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

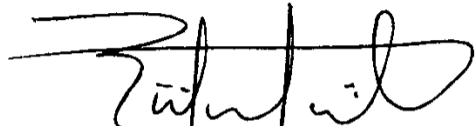
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

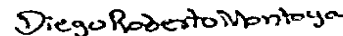
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GUILLERMO ORLANDO RODRÍGUEZ DELGADO contra COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-027-2018-00553-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados por las partes, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte accionante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor GUILLERMO ORLANDO RODRÍGUEZ DELGADO promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que PROTECCIÓN no le proporcionó una información completa, adecuada, suficiente y cierta, incumpliendo con su deber; en consecuencia se condene a PROTECCIÓN a trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, conforme el artículo 1746 del C.C. junto con los rendimientos que hubiere causado, así mismo se condene a pagar la diferencia que se presentare entre las mesadas que hayan sido pagadas y las que resulten del reconocimiento realizado por COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 07 de octubre de 1951, que se afilió al sistema general de pensiones administrado por COLPENSIONES a partir de 1 de noviembre de 1978 cotizando un total de 828.29 semanas, que se vinculó sin ningún tipo de asesoramiento comercial a PROTECCIÓN el 2 de diciembre de 1996; que su última cotización fue en el año 2008 fecha en la cual se le reconoció la pensión de

vez con 1.384 semanas por la suma de \$3.250.000 a partir del 24 de diciembre de 2008; precisó que la AFP omitió informarle sobre la forma concreta y exacta de su mesada pensional, como tampoco le informaron que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, pues insistió nunca elaboraron una proyección que permitiera contar con la información completa sobre el valor real de su pensión, del mismo modo omitió informarle que el valor de la pensión que ofrecía era bajo la modalidad del retiro programado, con un monto posible y variable que en ningún caso sería definitivo; precisó que de haber permanecido en COLPENSIONES su mesada pensional inicial para el año 2008 hubiese sido de \$5.665.444 con una tasa del 90% para una mesada de \$3.789.146; por lo anterior solicitó ante COLPENSIONES el 17 de julio de 2018 la nulidad del traslado petición resuelta de manera negativa (Fls. 1 a 15 y 74 a 86).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias, argumentó que el demandante suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., abonado a ello indicó que el accionante presentó su solicitud de traslado el 17 de julio de 2018, estando inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003 al encontrarse a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión, que si bien para el 1 de abril de 1994 contaba con 42 años de edad, y en principio sería beneficiario del régimen de transición, no contaba con 15 años de cotización por tanto no se le vulneró alguna expectativa legítima, no encontrando prohibiciones legales al momento de su traslado siendo éste válido. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación», «imposibilidad del traslado», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional», «error de derecho no vicia el consentimiento», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «buena fe de COLPENSIONES», «prescripción», «prescripción de la acción», «enriquecimiento sin justa causa», «innominada o genérica» (Fls. 101 a 118).

La AFP PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, el demandante no allegó prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, no siendo posible la misma invocando un requisito que no existía a cargo de la AFP para la fecha del traslado, pues dicho deber sólo pudo nacer con la ley 1328 de 2009 en su artículo 47 el cual impone el deber a la AFP de asesorar, no de informar cuando se pretende un traslado con posterioridad a esa fecha, motivo por el cual no se puede obligar al fondo al cumplimiento de una obligación que nació en el 2014, en ese sentido precisó que su representada no incumplió con ningún deber profesional, por el

contrario cumplió con el pleno de los requisitos que para la época estaban vigentes, esto es el artículo 11 del decreto 692 de 1994. Formuló como excepción previa la de: «falta de integración del litis consorcio necesario», y de fondo las de: «imposibilidad del traslado por cumplirse con los fines del sistema general de pensiones», «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «compensación» (Fls. 142 a 158).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PROTECCIÓN S.A. presentó demanda de reconvención contra el accionante, a fin de que el evento de declararse la nulidad de su traslado, se ordene la devolución de todos los dineros que haya recibido por parte de ésta, por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado. Como fundamento de su pretensión explicó que el señor GUILLERMO RODRÍGUEZ el 8 de agosto del año 2008, radicó solicitud de reconocimiento de la prestación económica vejez, que suscribió una carta de elección de modalidad pensional, seleccionando el retiro programado como la alternativa que más le convenía, solicitud resuelta de manera positiva, concluyó que la primera mesada se le concedió el 18 de diciembre de 2008 (Fls. 238 a 241).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 24 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda, en consecuencia, absolvió a COLPENSIONES y a la AFP PROTECCIÓN S.A., así mismo declaró probadas las excepciones de: «imposibilidad del traslado e inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional».

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que el 19 de noviembre de 1996, el accionante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCION S.A., que el 15 de mayo de 2003 se le efectuó una proyección pensional como consta a folios 166 y 167; que de su puño y letra señaló su voluntad de permanecer en el fondo privado, del mismo modo recalcó que el demandante recibió nuevamente asesorías el 25 de julio de 2003 folio 160 y el 27 de octubre de 2005 a folio 172, en la que indicaron el valor de su mesada pensional.

Adicional a ello precisó, que al accionante se le reconoció pensión de vejez desde el 08 de agosto de 2008, bajo la modalidad de retiro programado, como se verifica a folios 178 y 179, que al mes de julio del año 2019 se le ha pagado un saldo total de \$403.872.764 (folios 249 a 263); asimismo del interrogatorio de parte rendido por el accionante, se tiene que este conocía el valor de la mesada pensional inicial que le ofrecía el fondo pensional y

aceptó continuar en este. De otra parte precisó, que si bien PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado, al momento de solicitar el traslado de régimen, no obrando en el plenario prueba alguna que acredite que se le advirtió acerca de los beneficios y desventajas del cambio de régimen; siendo la única prueba con la que la administradora pretende demostrar su deber de información es el formulario de afiliación suscrito por el demandante, sin embargo resaltó que con este no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría al momento del traslado. No obstante lo anterior, señaló que desde agosto del año 2008 el accionante comenzó a percibir la pensión de vejez por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. y con ello se entiende que se ratificó su decisión de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues pese a que la información de las condiciones del traslado no las otorgó PROTECCIÓN S.A., esa falta de información fue suplida, en el momento que el demandante solicitó el reconocimiento de su pensión, una vez informado suficientemente de las condiciones de la misma aceptando los términos establecidos en el fondo privado para el reconocimiento pensional, por lo que convalidó su manifestación de voluntad expresada al momento de trasladarse, en este sentido precisó el despacho que no era de recibo que después de percibir durante 10 años las mesadas pensionales, ahora recuerde que no lo asesoraron lo suficiente respecto de las características del régimen, olvidando las asesorías de las que obra pruebas documental suscritas por el mismo accionante; abonado a ello llevó a colación la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, no siendo posible materializar la consecuencia que conlleva la declaratoria de ineficacia, pues la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado cuyos intentos de revertir podía afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas de un gran número de actores del sistema y tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones, no siendo posible que el demandante pensionado vuelva las condiciones que se encontraba previo al traslado del mismo, pues no se puede borrar la calidad de pensionado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte actora, apeló la decisión con el fin de que se revoque en su totalidad, arguyendo para tal efecto que, la asesoría brindada, no fue como lo indica la Corte Suprema de Justicia, precisando las ventajas y desventajas de los dos fondos, pues solo se le dio a conocer la cuantía de su mesada en el fondo privado, no informando los requisitos y el valor de la pensión en COLPENSIONES; precisó que los formularios preestablecidos no indican desventajas, inconvenientes, gastos administrativos, ni descuentos por riesgos previsionales, no existiendo una asesoría clara y suficiente para que el demandante pudiera aclarar cuál fondo le convenía; concluyó que en el evento de realizar una proyección de COLPENSIONES como del fondo privado, muy seguramente el demandante hubiere retornado de régimen.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. A su turno, la parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando se revoque la misma.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad.58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información,

¹En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A. aportando medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al afiliado, respecto a las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que le traería el cambio de régimen pensional.

Todo lo anterior, con independencia de que el afiliado sea o no beneficiario del régimen de transición o contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debe suministrar al momento del traslado de régimen pensional.

Sin perjuicio del anterior escenario y del marco de referencia decisional ya descrito, pero descendiendo al caso de autos, se evidencia que el hoy demandante en efecto cotizó al RPMPD ante el ISS entre el 01 de noviembre de 1978 y el 31 de enero de 1997 (fl. 21 y 121 a 123). Por otra parte, el 19 de noviembre de 1996, suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. (fls.159); el 08 de agosto de 2008 el actor suscribió el formulario solicitud de prestación económica (fl. 173). En ese orden, el 18 de diciembre de 2008 se expidió por la AFP PROTECCIÓN S.A. comunicación donde le informa al actor que era procedente el reconocimiento de la pensión anticipada de vejez, a partir del 08 de agosto de 2008 en la modalidad de retiro programado con una mesada de \$1.955.702 (fl. 25 a 27 y 177 a 179). Aspectos que por demás no fueron controvertidos por el accionante. Respecto a dicho reconocimiento pensional por vejez y desde esa fecha, se advierte que el actor dejó de ostentar la calidad de afiliado, pues se consolidó a su favor el derecho pensional.

Frente a la condición de pensionado del demandante, esta Sala de decisión ha sido reiterativa en el sentido de indicar que la ineficacia del traslado, opera para quienes ostentando la calidad de afiliados, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de afiliación que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social.

Al respecto, es menester acotar que la Corte Constitucional en sentencia T-235 de

2002, señaló que «La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”)».

Ahora bien, el accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por la AFP PROTECCIÓN S.A. dejó de ostentar la calidad de afiliado, para consolidarse en su favor la condición de pensionado por vejez en los términos y modalidades seleccionadas en el RAIS; precisándose que las calidades de afiliado y pensionado resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido un criterio a considerar en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Verbigracia, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado «no haya adquirido la calidad de pensionado», normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que «Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado». (Resaltado propio).

En ese orden de ideas, estima la Sala de Decisión en este evento, que el hecho de haber solicitado y aceptado la pensión de vejez en el RAIS, hizo perder al demandante la calidad de afiliado, aunado a que dicho reconocimiento data del mes de agosto de 2008, con anterioridad a la presentación de la demanda, tiempo durante el cual se ha beneficiado de la prestación económica, por lo que no se puede estimar que su derecho pensional se haya visto restringido o conculcado, como presupuesto para acceder a las pretensiones formuladas.

Por otra parte, debe referirse que los precedentes de la SL CSJ en materia de personas que habían adquirido el derecho pensional contienen supuestos fácticos diferentes al del presente evento. En efecto, la SL CSJ en sentencia con Radicación No. 31314 del 9 de septiembre de 2008 trató el caso de un pensionado quien se trasladó del RPM al RAIS cuando había cumplido 62 años de edad, y se encontraba, por ende, en la prohibición legal de trasladarse, situación fáctica disímil del presente evento, en el cual, el accionante verificó el traslado cuando le faltaban más de 17 de

años de edad para poder acceder a la prestación de vejez.

En el presente evento, en el accionante para la fecha de su traslado del RPM al RAIS no tenía prohibición legal alguna para verificarlo, al faltarle más de 17 años para llegar a la edad mínima para acceder al reconocimiento pensional en el RPM, pese a lo cual, una vez en RAIS el actor aceptó libre y voluntariamente la pensión ofrecida por PROTECCIÓN S.A. en la modalidad de retiro programado, de la que viene disfrutando incluso desde antes de presentar la demanda que ocupa la atención de la Sala.

Desde otra perspectiva, la SL CSJ en sentencia con radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, también analizó el caso de una persona que había adquirido la pensión de vejez en el RAIS, señalando que «es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención», supuesto fáctico que también es disímil al del presente evento, pues se reitera, el accionante en este juicio no había consolidado su derecho a la pensión de vejez en el RPM para la fecha del traslado en 1996, al faltarle para el efecto 17 años de edad.

Tal criterio, fue recientemente expuesto en sentencia CSJ SL373-2021, donde la Alta Corporación precisó que la situación de los pensionados es irreversible e impide la ineficacia del traslado.

En ese orden de ideas, como esta acción judicial no es formulada por un afiliado, sino por quien ya alcanzó el derecho pensional, verificándose el traslado al RAIS sin que medie en su caso en particular una prohibición legal para retornar al RPM, como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados y el haber diligenciado y aceptado la pensión por el RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. e incluso contando con su consentimiento al suscribir el contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado con PROTECCIÓN S.A., impiden acceder a la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional cuando era afiliado del sistema de seguridad social en pensiones, al no detentar el estatus jurídico de afiliado del sistema pensional, pues esa calidad la perdió cuando adquirió el de pensionado, con lo cual se presenta una clara e inequívoca inexistencia del derecho reclamado.

En ese sentido, queda resuelto el recurso de apelación. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

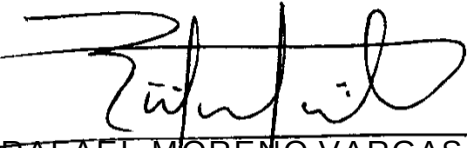
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

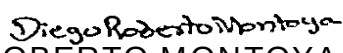
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA STELLA GARZON BARRERA contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-026-2018-00514-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de febrero de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARIA STELLA GARZON BARRERA promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado realizado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS, hoy COLPENSIONES, a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., efectuado el día 18 de abril de 1997, con efectos a partir del 01 de mayo de 1997; se declare que nunca ha realizado un traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A., trasladar la totalidad de los dineros que obran en su cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros a COLPENSIONES, quien deberá realizar las gestiones pertinentes para recibir los montos trasladados. Finalmente se condene a las demandadas a todo lo Ultra y Extra Petita, más las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el día 28 de junio de 1960, e inició a cotizar en el RPMPD, en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales —ISS desde el 01 de noviembre de 1982 hasta el 01 de mayo de 1997, régimen en

el cual cotizó un total de 406 semanas. Explicó que en el año de 1997 algunos funcionarios de PORVENIR S.A., acudieron a su lugar de trabajo con la finalidad de informar a los trabajadores sobre ventajas del traslado de régimen pensional, precisando que en una de esas ocasiones, los asesores del fondo privado aseguraron que el ISS atravesaba una crisis económica que causaría su liquidación, de forma que perdería las cotizaciones efectuadas a la entidad y su derecho pensional, que contrario sensu, en PORVENIR podría pensionarse anticipadamente y con una pensión más favorable. Por ello, se trasladó al RAIS a partir del 01 de mayo de 1997, mediante la afiliación a PORVENIR, advirtiéndole que su decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado, por cuanto no se realizó bajo los parámetros de la libertad informada. Agregó que la AFP PORVENIR le informó que el valor de su mesada pensional en el RAIS al cumplir los 57 años de edad sería de \$1.116.400, mientras que, según sus cálculos, en COLPENSIONES su mesada ascendería a \$4.160.536. Afirmó que ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1.464 semanas (Fls. 1 a 15 y 60 a 73).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que carecen de sustento fáctico y legal, en tanto el traslado de régimen fue válido, dado que la parte actora no probó la existencia de una causal de nulidad, especialmente, un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo. Adujo que efectuar el traslado de los aportes de la demandante y recibirlos, sería generar la descapitalización del sistema. Consideró que, debe tenerse en cuenta que son los fondos privados, quienes tienen la facultad para determinar la nulidad de la afiliación, por lo tanto, era menester que la AFP aprobara el traslado de la demandante para que COLPENSIONES pudiera aceptar la afiliación de aquella, previo al cumplimiento de los requisitos legales para tal efecto, de modo, que la entidad no podía efectuar el traslado de forma unilateral. Asimismo, recordó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado estipulada en la Ley 100 de 1993, figura jurídica que tiene la finalidad de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar el pago de las prestaciones económicas a los afiliados. Formuló como excepciones demerito las de «prescripción y caducidad», «cobro de lo no debido», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 77 a 82).

La AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, le incumbía a la demandante acreditar la existencia de un vicio en el consentimiento por ser quien lo alegó, sin embargo, la parte actora no allegó prueba alguna para tal efecto. Explicó que la

actora tenía pleno conocimiento de las características, condiciones, ventajas y desventajas del RAIS, en tanto fueron informadas de manera verbal al momento de la afiliación, en consecuencia, afirmó que no es procedente declarar la nulidad del traslado. Manifestó que el traslado de Régimen se realizó con el cumplimiento de todos los requisitos legales vigentes para esa data, toda vez que, la demandante recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, aunado a que, suscribió el formulario de vinculación, aceptando que su decisión era voluntaria y libre. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 131 a 155).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 02 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS; condenó a la AFP PORVENIR a trasladar la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin descontar suma alguna por concepto de administración a COLPENSIONES, quien deberá aceptar el traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que era necesario analizar si la AFP logró acreditar que informó a la demandante sobre las características propias del RAIS, así como beneficios, desventajas y condiciones de cada régimen pensional, por lo cual, encontró que del formulario de afiliación no es posible deducir la forma en la que ocurrió la afiliación de la actora. Igualmente, señaló que si bien es cierto en el interrogatorio de parte de la representante legal de PORVENIR S.A., se explicaron los procesos de afiliación, la capacitación de los asesores y la información que la entidad considera que debe brindar a los afiliados, no es posible evidenciar lo que acaeció al momento de afiliación de la demandante, máxime cuando la representante legal no estuvo presente en ese momento. En ese orden, concluyó que conforme a lo expresado por la accionante y al acervo probatorio, no se acreditó el consentimiento debidamente informado, toda vez que, pese a que la AFP informó a la actora ciertas características como la pensión anticipada y la devolución de saldos, no le indicó cómo acceder a los mismos, siendo una explicación que no cumplió con los parámetros de claridad, suficiencia y oportunidad, que contrario sensu, fue sesgada al manifestarle solo las ventajas de la afiliación. Aseveró que no se probó que la AFP haya dado a conocer a la demandante, el reglamento con los derechos y obligaciones del fondo, por lo cual, no se puede recriminar a la actora por no cumplir sus obligaciones ante el fondo. Finalmente, expresó que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar, en tanto, la litis está ligada a la construcción del derecho pensional de la demandante.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., apeló la decisión con el fin de que sea revocada en su totalidad, argumentando que la A quo no tuvo en cuenta la motivación para retornar al RPMPD. Manifestó que la decisión de primera instancia, le impone obligaciones a la entidad que no estaban vigentes al momento del traslado, por ello, consideró que no es dable exigir el cumplimiento de un deber de información y un consentimiento informado por parte de la demandante. Expresó su inconformidad con que la sentencia se fundamentara en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que establece que la afiliación debe ser libre y voluntaria, no existe una norma que imponga esa obligación a las AFP. Afirmó que debe interpretarse de manera diferente el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en tanto, la norma consagra una sanción para quien atente contra el derecho de afiliación, esto es, un supuesto diferente a la ineficacia por falta del deber de información, aunado a que, no se refiere a las obligaciones de información por parte de los fondos, ni las consecuencias de su incumplimiento. Añadió que se debe tener en cuenta que la demandante es abogada y fue funcionaria pública, circunstancias que, a su juicio, permiten deducir que conocía el trámite del traslado de régimen pensional, precisando que con su actitud pasiva incumplió sus deberes en calidad de afiliada. Finalmente, solicitó que en caso de no revocar la decisión, no se ordene la devolución de gastos de administración y seguros provisionales, toda vez que, por esos rubros se generaron altos rendimientos en la cuenta de la accionante y la misma, siempre gozó de la protección de los seguros contra riesgos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandada PORVENIR S.A presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. A su turno, la parte actora presentó alegaciones de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo introductorio, solicitando se confirme la decisión. Igualmente, COLPENSIONES allegó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo de contestación, argumentando que no es procedente el traslado de régimen pretendido por la actora.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 17 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de junio de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR y COLPENSIONES el 15 de junio de 2018 y el 21 de junio de 2018, respectivamente, es decir, cuando evidentemente ya había cumplido la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 68,57 semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 1 año, 4 meses y 3 días (fls. 18 a 22), por lo que no se

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 18 de abril de 1997 (Fl. 31), específicamente, conforme al formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que

la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisonal se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 31), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (18 de abril de 1997), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es

procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los rendimientos generados en la cuenta individual de la actora, y los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

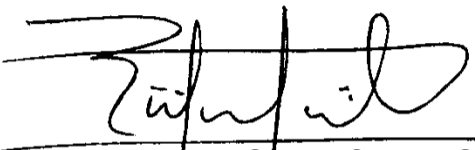
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia y conforme a lo motivado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

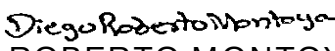
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOLYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NÉSTOR RAÚL FONSECA MEDINA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105 014 2019 00211 01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar el siguiente:

AUTO

Previo al estudio de la sentencia recurrida, se tiene que la Jueza de primera instancia dispuso rechazar la representación legal de AFP PORVENIR S.A. a través del Doctor DANIEL ACEVEDO RENDÓN, señalando que no había sido allegada la prueba que lo determine como representante legal de la demandada, como quiera que si bien fue arribada Escritura pública No. 0885 del 28 de agosto de 2020, donde se le confirió poder especial, esta no cumple con el lineamiento de inscripción en cámara de comercio y con los Art. 54 del CGP y 34 del C.P.T. y de la S.S.

Frente a lo anterior, el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación, y en síntesis manifestó que el Señor DANIEL ACEVEDO RENDÓN sí está inscrito mediante la escritura pública No. 0885, y que por lo tanto tiene la facultad para actuar dentro del proceso como representante judicial de la entidad. El recurso fue concedido en el efecto devolutivo, y remitido a esta Corporación para su estudio, junto con la sentencia de primera instancia.

Para resolver, el artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., es la disposición legal según la cual, el recurso de apelación en el juicio ordinario laboral procede contra los siguientes autos:

“ARTICULO 65. –Modificado. L. 712/2001, art. 29.Procedencia del recurso de apelación. Son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

1. El que rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada.
 2. El que rechace la representación de una de las partes o la intervención de terceros.
 3. El que decida sobre excepciones previas.
 4. El que niegue el decreto o la práctica de una prueba.
 5. El que deniegue el trámite de un incidente o el que lo decida.
 6. El que decida sobre nulidades procesales.
 7. El que decida sobre medidas cautelares.
 8. El que decida sobre el mandamiento de pago.
 9. El que resuelva las excepciones en el proceso ejecutivo.
 10. El que resuelva sobre la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo.
 11. El que resuelva la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho.
 12. Los demás que señale la ley.
- (...)”

En atención a lo anterior, y una vez analizado el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la demandada PORVENIR S.A., se tiene que en efecto pese a que fue allegada escritura pública No. 0885 del 28 de agosto de 2020, conforme a lo preceptuado por el artículo 117 del Código de Comercio, aplicable por remisión expresa del Artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., dicha escritura no es la prueba para demostrar la representación legal de una sociedad de derecho privado, pues sí lo es el certificado de existencia y representación legal de la sociedad, o a falta del anterior, el acta expedida por el máximo órgano de la persona jurídica, como puede ser la Junta Directiva, donde se haya realizado el nombramiento, sin que este haya podido registrarse:

«ARTÍCULO 117. PRUEBA DE LA EXISTENCIA, CLÁUSULAS DEL CONTRATO Y REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD. La existencia de

la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere; el certificado expresará, además, la fecha y el número de la providencia por la cual se le concedió permiso de funcionamiento y, en todo caso, la constancia de que la sociedad no se halla disuelta.

Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso.»

Incluso, de acuerdo con el artículo 74 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el caso de PORVENIR S.A. al ser una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, la prueba de la representación legal también puede darse con el certificado que expide la Superintendencia Financiera de Colombia, tal como pasa de verse:

«ARTICULO 74. REPRESENTACION LEGAL.

(...)

2. Prueba de la representación. De acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las entidades vigiladas, la certificación sobre su representación legal corresponde expedirla a la Superintendencia Bancaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior.»

Ahora bien, se evidencia en el Expediente Digital archivo «009 Certificado Porvenir 11-MAR-2021 Exp. 014-2019-211», el cual hace mención de las personas que ocupan los cargos de Presidente, Vicepresidente, y representantes legales judiciales de la demandada AFP PORVENIR S.A., sin que en él pueda hallarse al señor DANIEL ACEVEDO RENDÓN en ese listado, tal como lo señaló la Jueza de instancia. Por lo anterior, esta Sala de Decisión, CONFIRMA el auto proferido por la Jueza de primera instancia, y en consecuencia procede al estudio del recurso de apelación contra, la sentencia de primera instancia, así:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por

los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de marzo de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor NÉSTOR RAUL FONSECA MEDINA promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de prima media con prestación definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad -RAIS, efectuada el 21 de mayo de 1998, a través de la AFP PORVENIR, en tanto, se configuró un vicio en el consentimiento. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A., la devolución de todas las sumas obrantes en su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros y aportes voluntarios, con frutos e intereses, más los gastos de administración y seguros de pensión mínima. Finalmente se condene a las demandadas a todo lo Ultra y Extra Petita, más las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el día 21 de octubre de 1956, e inició a cotizar en el RPMPD, en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales —ISS desde el 08 de noviembre de 1977 hasta el 21 de mayo de 1998, fecha en la cual efectuó el traslado al RAIS, mediante la afiliación a PORVENIR S.A.; indicando que el asesor del fondo privado no le brindó la información clara y precisa respecto del traslado de régimen, omitiendo informar aspectos como el bono pensional y su exigibilidad, la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, el derecho de retractor, la renta vitalicia inmediata, el retiro programado, entre otros. Aseveró que la AFP nunca cumplió omitió su deber de informar, vigilar y dar el mejor consejo al afiliado, sino que por el contrario, el funcionado del fondo privado le afirmó que el traslado de régimen para quienes no eran beneficiarios del Régimen de Transición era obligatorio y que de no cambiar de régimen perdería sus aportes. Explicó que el 28 de agosto de 2018 elevó petición ante PORVENIR solicitando la nulidad del traslado, ante lo cual, el fondo respondió que no es posible dejar sin efecto la afiliación. Asimismo, manifestó que el 20 de diciembre de 2018, radicó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, quien la negó por improcedente. Finalmente, expuso que el 24 de diciembre de 2018 la AFP realizó una proyección pensional por medio de la cual le

informó que su mesada pensional sería inferior a la que correspondería en COLPENSIONES (Fls. 46 a 63).

CONTESTACIONES DE DEMANDA

La AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la información que suministró al actor al momento del traslado obedeció a lo contenido en las disposiciones legales que regulan el RAIS y a las reglas que para el efecto ha fijado la Superintendencia Financiera. Por ello, aseveró que la demandante tuvo un consentimiento informado, y en señal de ello, firmó el formulario de afiliación al RAIS, aceptando que tenía conocimiento del proceso de vinculación y que su escogencia era libre, espontánea y sin presiones. Preciso que la parte actora no acreditó la existencia de una conducta dolosa por parte de la AFP al momento de efectuar el traslado, aunado a que, el vicio alegado es un error de derecho que no está llamado a viciar el consentimiento, en tanto, la ignorancia de la ley no es excusa. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa», e «innominada o genérica» (Fls. 100 a 110).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, al considerar que el demandante solicitó el traslado cuando ya había cumplido 62 años de edad, es decir, cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición de traslado del artículo 13 de Ley 100 de 1993, siendo improcedente el traslado, máxime teniendo en cuenta que el actor no cumple con los requisitos para ser beneficiario de lo establecido en la sentencia SU 062 de 2010. Preciso que la afiliación al RAIS es válida en tanto, el actor suscribió el formulario de vinculación de forma libre, consciente y sin presiones, toda vez que conforme al Decreto 692 de 1994 la elección del régimen pensional conlleva la aceptación de las condiciones del mismo para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte. Explicó que para el momento del traslado, la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, emitió una Circular Externa N°. 019 de 1998 por medio de la cual se exigía sólo un requisito para la validez del traslado, esto es, el diligenciamiento del formulario de afiliación. Manifestó que solo hasta el año 2014 se estableció la obligación de brindar información a los afiliados

como condición previa al traslado de régimen pensional. Arguyó que de acuerdo con el Decreto de 2550 de 2010, el demandante se sustrajo de sus deberes como afiliado y consumidor financiero del Sistema General de Pensiones, en tanto, nunca realizó una solicitud de información sobre su futuro pensional, convalidando su voluntad de permanecer afiliado al RAIS. Adujo que las características propias del RAIS se encuentran en la ley, por lo tanto, no es dable declarar la nulidad de la afiliación bajo el argumento de desconocer el sistema pensional, teniendo en cuenta que la ignorancia de la ley no es excusa. Añadió que en caso de declarar la ineficacia se podría causar una descapitalización del sistema y una vulneración al principio de sostenibilidad financiera, dado que el actor no está dentro de la reserva actuarial de la entidad para el pago de los derechos pensionales. Formuló como excepciones de mérito las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación», «imposibilidad del traslado», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional», «error de derecho no vicia el consentimiento», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «buena fe de Colpensiones», «prescripción», «prescripción de la acción», «enriquecimiento sin justa causa» e «innominada o genérica» (Fls. 120 a 132).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 11 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de RPMPD al RAIS efectuado por el demandante; ordenó a la AFP PORVENIR trasladar la totalidad de los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adiciones, frutos, intereses y rendimientos, junto con los gastos de administración a COLPENSIONES, quien deberá reactivar la afiliación del actor al RPMPD y corregir la historia laboral conforme a los emolumentos trasladados.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la elección de régimen pensional debe ser libre y voluntaria, para lo cual es necesario que la AFP brinde al afiliado una asesoría completa, clara y comprensible, de forma que el traslado se efectúe bajo los parámetros de la libertad informada. Explicó que cuando el cambio de régimen no obedece a una decisión informada del afiliado, se deben aplicar las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Adujo que pese a que para el momento del traslado del actor no se habían expedido algunas normas en relación con el deber de información, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, el deber de información ha estado en cabeza de las AFP desde su creación, en tanto están sometidas a las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma en la cual se estatuyó dicha obligación. Expresó que al tratarse de una negación indefinida, esto es, la de no haber recibido información completa, clara y comprensible al momento del traslado, es menester que la carga de la prueba se invierta, de tal suerte que es la AFP la encargada de desvirtuar tal supuesto de hecho. En ese orden, encontró que la AFP PORVENIR no probó que cumplió con el deber de información, precisando que conforme a los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la presentación del formulario de afiliación no tiene la vocación de probar cual fue la información que se brindó al afiliado al momento del traslado. Manifestó que no es válido afirmar que el demandante convalidó su voluntad al haber permanecido afiliado al RAIS, en tanto, esa circunstancia no suple la falta de información cuando se afilió a la AFP, aunado a que, es un hecho ligado a la libertad de elección, la cual no puede ser ratificada con el paso del tiempo. Agregó que según la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la declaratoria de ineficacia en nada afecta al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, toda vez que los recursos que se deben trasladar son utilizados para el reconocimiento pensional, descartando erogaciones no previstas. Finalmente, precisó que el sub lite está ligado a derechos de carácter fundamental, es decir, irrenunciables e imprescriptibles, por lo cual no es dable declarar la prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., apeló la decisión con el fin de que sea revocada en su totalidad, argumentando que al momento del traslado la AFP no tenía la obligación de brindar la información, dado que conforme a los parámetros fijados por la Superintendencia Financiera, para esa data solo era necesario que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de afiliación. En ese sentido, afirmó que la AFP no faltó a su deber, que contrario sensu, acreditó que el demandante de manera libre, voluntaria e informada decidió afiliarse y permanecer en el RAIS. Aseveró que no existieron vicios en el consentimiento del actor, toda vez que la AFP le suministró la información relativa a las implicaciones del traslado, el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales, tal como se estipuló en el formulario de afiliación suscrito. Asimismo, afirmó que es procedente dar aplicación al fenómeno establecido en el artículo 1752 del Código Civil, esto es, el saneamiento de los vicios del consentimiento, puesto que en caso de existir un error de

hecho, aquel lo ratificó de forma tácita con su permanencia en el RAIS. Expresó que no es dable afirmar que la AFP incumplió con su deber porque no aportó documentos que para la fecha del traslado no eran obligatorios, tales como la simulación pensional, aunado a que, en ese momento el deber de información era verbal y no escrito. En relación a la devolución de los gastos de administración, aseguró que esos emolumentos son descontados también en el RPMPD y que al no ser parte integral de la pensión, están sujetos al fenómeno prescriptivo. Igualmente, argumentó que según la Superintendencia Financiera y el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los gastos de administración no hacen parte de las sumas que deben ser reintegradas cuando se declara la ineficacia de la afiliación. Añadió que devolver los gastos de administración a COLPENSIONES, causaría un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad, en tanto fue la AFP quien administró debidamente los aportes del demandante.

La apoderada judicial de COLPENSIONES presentó recurso de apelación con la finalidad de que se revoque la decisión de primera instancia, argumentando para tal efecto que para el momento del traslado del actor sólo era menester suministrar la información sobre las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, por cuanto estaban vigentes algunas normas sobre el funcionamiento de las AFP tales como el Decreto 663 de 1993. Manifestó que la A quo no realizó una valoración integral del interrogatorio de parte rendido por el demandante, dado que de allí dedujo que aquel tiene unos conocimientos mínimos del RAIS por ser un profesional, de tal suerte que el mismo no está cobijado por lo establecido en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, esto es, que el deber de información tiene la finalidad de contra restar la asimetría entre un afiliado lego y las AFP, en tanto no se trata de un afiliado lego. Agregó que pese a que el demandante no es experto en materia pensional, todo ciudadano debe tener conocimiento sobre su futuro pensional y los actos jurídicos que celebre.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. A su turno, la parte actora allegó alegatos

de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo introductorio, solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 5 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 21 de octubre de 1956, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PORVENIR el 20 de diciembre de 2018 y el 17 de diciembre de 2018, respectivamente (fls. 14, 23 y 28), es decir, cuando evidentemente había cumplido la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 709.5 semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 13 años, 9 meses y 17 días (fls.6 a 8), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 21 de mayo de 1998 (Fl. 18 y 86), específicamente, conforme al formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro

de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 18 y 86), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (21 de mayo de 1998), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución no solo del saldo existente en la cuenta individual del demandante, sino de los rendimientos, frutos e intereses que haya generado, sin descontar lo relacionado con los gastos de administración que hubiere cobrado y los valores de las pólizas de seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica

de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los conceptos y valores que haya debitado o cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquel cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se

decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

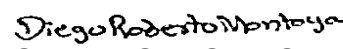
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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